

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

**Introduzione. Diritto internazionale, guerra giusta e nemico ingiusto.**

**This is the author's manuscript**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/143080> since

*Publisher:*

Edizioni Trauben

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

Pier Paolo Portinaro

## Introduzione

I. *Habermasiana* 1. Verso un costituzionalismo cosmopolitico 2. Il diritto internazionale nell'ultima Scuola di Francoforte II. *Kantiana* 3. Kant e il diritto internazionale 4. Guerra giusta e nemico ingiusto III. *Groziana* 5. Gli interventi umanitari e il principio *responsibility to protect* 6. Il nemico ingiusto, oggi: il terrorista come combattente illegittimo.

La presente collana ha fornito con i precedenti volumi un'ampia documentazione di come la terza e quarta generazione della scuola di Francoforte abbiano rivolto in modo crescente, proseguendo direttrici di ricerca ridefinite da Jürgen Habermas, la loro attenzione a tematiche tradizionalmente trascurate dai padri fondatori e, con poche eccezioni, dai collaboratori della prima generazione: fra queste in primo luogo le tematiche legate al diritto in tutte le sue diverse branche. Nel quadro dell'interesse per il rapporto tra diritto e morale, che costituisce la preoccupazione principale delle nuove generazioni francofortesi (in questo in perfetto accordo con la tendenza che ha dominato la filosofia del diritto degli ultimi decenni), ma anche in relazione al nuovo attivismo coercitivo degli stati e delle organizzazioni internazionali a tutela dei diritti umani minacciati da forme sempre risorgenti di macrocriminalità politica, crescente rilevanza stanno acquistando le problematiche del diritto internazionale. In questo contesto si colloca il saggio di Oliver Eberl e Peter Niesen che qui viene presentato in traduzione italiana.

Per collocare questo contributo nel contesto del dibattito intellettuale in cui è nato occorrerà prendere le mosse da lontano. In primo luogo proprio dalle prese di posizione di Habermas sulle prospettive di una costituzionalizzazione e democratizzazione del diritto internazionale (§ 1) e dal dibattito che queste hanno generato (§ 2). In secondo luogo, considerato che il saggio di Eberl e Niesen è centrato sull'interpretazione della teoria kantiana della guerra e della pace, si dovrà risalire ancor più all'indietro e fare il punto sull'annosa questione della guerra giusta nel diritto internazionale pre-kantiano e in Kant (§ 3) e sul concetto di «nemico ingiusto» in Kant e nelle interpretazioni del suo pensiero (§ 4). Infine, ci si rivolgerà alle questioni di più drammatica attualità, che il nuovo assetto del sistema internazionale post-bipolare ha fatto emergere a partire dagli anni novanta del XX secolo: le questioni della legalità, legittimità e efficacia degli interventi armati a protezione dei diritti umani violati («guerre umanitarie») (§ 5) e quelle relative a nuove figure di «nemico ingiusto» e al diritto penale del nemico (§ 6).

## I. Habermasiana

### 1. Verso un costituzionalismo cosmopolitico

Nell'opera, *Faktizität und Geltung*, che segna una svolta nel suo percorso teorico, ma anche in quello collettivo della scuola di Francoforte, Habermas ha posto al centro del dibattito filosofico-politico la giustificazione del raccordo tra tre tesi filosofiche fondamentali, riguardanti 1) l'implicazione reciproca di democrazia e diritto, 2) la separazione di diritto e morale e 3) la cooriginarietà tra diritti di libertà e sovranità popolare. Il diritto viene tematizzato come il *medium* grazie al quale i risultati del processo democratico trovano espressione in norme fornite di legittimità: la teoria discorsiva del diritto attribuisce legittimità al diritto solo nella misura in cui siano gli stessi cittadini a decidere sulle norme cui sottostare e la procedura per produrre diritto sia sottoposta a controllo tramite argomentazione critica. Per questa ragione, la riabilitazione della categoria del diritto nell'opera di Habermas fa tutt'uno con la riscoperta dei classici della filosofia politica moderna e della loro progettualità democratica: «nel concetto moderno di diritto – che intensifica e insieme operazionalizza a fini di controllo comportamentale la tensione di fattualità e validità – noi ritroviamo l'*idea democratica* già sviluppata da Rousseau e Kant»<sup>1</sup>.

A partire da questi assunti, la teoria discorsiva del diritto e della democrazia ha posto con forza, come è noto, sia l'esigenza di tener ferma la distinzione tra diritto e morale (contro i rischi sempre incombenti di moralizzazione fondamentalistica) sia la questione della co-originarietà dei diritti fondamentali e della democrazia. Contro la riduzione del diritto a un insieme di princìpi morali, Habermas non si è stancato di ribadire che i diritti umani, pur poggiando sull'autonomia morale delle persone, acquistano forma positiva solo attraverso l'autonomia politica dei cittadini<sup>2</sup>. Riconoscendo d'altro canto che il diritto «trae la sua forza vincolante dall'alleanza che la positività giuridica stringe con la pretesa di legittimità», è sceso in campo contro «il falso realismo di chi sottovaluta le presupposizioni normative delle pratiche giuridiche esistenti»<sup>3</sup>. Va comunque sempre tenuto presente che questa riscoperta del diritto e conseguentemente della dimensione della statualità o delle istituzioni politiche<sup>4</sup> – originariamente ostacolata dalla matrice marxista della teoria critica – ha

---

<sup>1</sup> J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 42.

<sup>2</sup> J. Habermas, *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in Id., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Feltrinelli, Milano 1998, p. 204: «i diritti fondamentali regolano materie tanto generali che gli argomenti morali sono senz'altro sufficienti alla loro fondazione»; ma questo non li trasforma in norme morali. Cfr. R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione. Prospettive di una teoria politica critica*, Trauben, Torino 2013, p. 122; «i diritti umani non sono né meri mezzi per ottenere certi beni o per goderne, né mezzi per giudicare dall'esterno strutture sociali sul piano internazionale; essi sono piuttosto conquiste autonome di coloro che vedono se stessi, e gli altri, come agenti che non vogliono più essere sottomessi a norme e istituzioni su cui non hanno potere».

<sup>3</sup> J. Habermas, *Fatti e norme* cit., p. 5. Cfr. G. Schaal (Hg.), *Das Staatsverständnis von Jürgen Habermas*, Nomos, Baden-Baden 2009, M. Iser, D. Strecker, *Jürgen Habermas zur Einführung*, Junius, Hamburg 2010, J. P. Brune, *Moral und Recht. Zur Diskurstheorie des Rechts und der Demokratie von Jürgen Habermas*, Alber, Freiburg 2010.

<sup>4</sup> La riabilitazione del diritto porta così a un recupero del concetto di Stato che sarebbe apparso del tutto inaccettabile ai fondatori della Scuola. Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme* cit., p. 161: «lo Stato come potere di sanzione, organizzazione

avuto luogo sulla base di due significative trasformazioni del contesto teorico delle scienze sociali e giuridiche del dopoguerra: da un lato la revisione critica e poi la sempre più aperta messa in discussione del positivismo giuridico, dall'altro il superamento delle classiche concezioni della funzione eminentemente repressiva del potere in direzione di una teoria del potere come dispositivo d'integrazione.

Era inevitabile che questa problematica trovasse elaborazione anche nell'ambito di una teoria normativa delle relazioni internazionali. Tanto più che, rispetto a una Carta dell'ONU che nella sua formulazione originaria non attribuiva grande rilevanza alla questione dei diritti umani, l'evoluzione del diritto internazionale è andata, a partire dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948 e poi con i Patti internazionali entrati in vigore nel 1976, proprio in direzione dell'affermazione di una stretta connessione tra pace e tutela dei diritti umani. Inoltre, fra le trasformazioni del sistema internazionale intervenute dopo il 1989, ve ne sono alcune che più direttamente interrogano una teoria discorsiva del diritto e della democrazia: in primo luogo, e in generale, la dapprima latente e poi sempre più manifesta politicizzazione delle istituzioni internazionali, in virtù del fatto che le società civili (associazioni e individui) appaiono sempre meno orientate ad attribuire agli stati nazionali ma anche a tecnocratie non legittimate democraticamente la responsabilità politica ultima della risoluzione dei loro problemi; in secondo luogo, il fatto che questa politicizzazione è legata al potenziamento dei flussi comunicativi, che porta con sé accrescimento delle conoscenze e delle competenze necessarie a gestire processi internazionali; infine il crescente bisogno di formazione di condivisi assetti normativi per la soluzione dei conflitti<sup>5</sup>.

Negli scritti habermasiani a partire dalla metà degli anni novanta è così venuta progressivamente acquistando rilevanza la questione del diritto internazionale e della costituzionalizzazione delle relazioni tra individui e popoli. Se in *Faktizität und Geltung* il problema del rapporto tra morale, diritto e politica veniva affrontato ancora rigorosamente nella cornice del classico diritto pubblico interno, nelle opere successive, fino a giungere ai saggi sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale e sulla crisi del progetto europeo, il tema è affrontato in una prospettiva post-nazionale, postulando una «politica interna mondiale senza governo mondiale»<sup>6</sup>. In quest'ambito, le questioni basilari affrontate in *Faktizität und Geltung*

---

ed esecuzione diventa necessario in quanto: a) i diritti hanno bisogno d'essere attuati anche con la forza, b) la comunità giuridica ha bisogno sia d'una forza stabilizzante l'identità sia d'un apparato giurisdizionale, c) la formazione politica della volontà sfocia in programmi che devono essere implementati».

<sup>5</sup> Un bilancio articolato di queste trasformazioni è ora in M. Zürn/M. Ecker-Ehrhardt (Hg.), *Die Politisierung der Weltpolitik. Umkämpfte internationale Institutionen*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2013, in particolare pp. 335-67, con una messa a punto del concetto di *politicizzazione* in riferimento alle relazioni internazionali: agli autori sta a cuore mostrare, sulla base dei risultati di ricerche empiriche, come alla crisi delle politiche nazionali in termini di partecipazione e rappresentanza faccia da contrappeso la crescente disponibilità di settori delle cittadinanze a impegnarsi in organizzazioni transnazionali per fini specifici – spesso di notevole valenza politica.

<sup>6</sup> Cfr. J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Feltrinelli, Milano 2002, Id., *L'Occidente diviso*, Laterza, Roma-Bari 2007, Id., *La crisi dell'Unione Europea alla luce di una costituzionalizzazione del diritto internazionale. Saggio sulla costituzione dell'Europa*, in *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 33-98.

hanno trovato ulteriore declinazione. Come in quell'opera, anche in questi scritti Habermas ha cercato di mantenersi il più possibile fedele allo spirito, se non alla lettera, della filosofia politica kantiana, sulla quale, in dialogo con un altro eminente interprete tedesco, Otfried Höffe, è ritornato più volte negli ultimi anni in chiave di attualizzazione, proponendo un programma moderato di razionalizzazione della sfera pubblica mondiale<sup>7</sup>.

Ma il rapporto tra democrazia e giuridificazione/costituzionalizzazione si pone qui in modo diverso. Quell'implicazione reciproca dei processi di costituzionalizzazione e democratizzazione che ha caratterizzato la vicenda della statualità moderna non si riproduce analogicamente nell'arena internazionale. Il diritto internazionale deve inoltre fare i conti più di ogni altro ordinamento giuridico con la *forza normativa del fattuale* (nella forma di imperativi politici). E tuttavia anche in quest'ambito, contro il «falso realismo» di chi sistematicamente sottovaluta questa dimensione dell'agire politico, l'impegno è quello di scommettere sulla *forza normativa del normativo*. D'altra parte, per scongiurare la caduta in una sorta di fondamentalismo dei diritti umani, occorre evitare che un'organizzazione mondiale o, peggio, uno stato egemone, una potenza imperiale, si ergano a paladini di un'interpretazione unilaterale dei diritti anziché operare per l'implementazione di procedure democratiche inclusive di formazione dell'opinione e della volontà<sup>8</sup>.

Nell'attuale congiuntura, relativamente allo sviluppo del sistema internazionale, le opzioni in campo non possono che essere tre: 1) la formazione per via evolutiva di un frammentato ordine globale attraverso la privatistica *lex mercatoria*, un ordine che può essere regolato solo da un diritto amministrativo globale, e dalle procedure di *governance without government*, 2) la via della costituzionalizzazione del sistema internazionale *senza* democrazia, che avanza coinvolgendo sempre più soggetti pubblici nelle procedure di pattuizione, 3) la via della costituzionalizzazione *con* democrazia<sup>9</sup>. Della prima e della seconda via, che in forme diverse si avvalgono dello strumento pattizio, si fa interprete oggi la teoria sistemica<sup>10</sup>. La prima è un vettore di particolarizzazione del diritto. La seconda è una via mediana, che tenta di supplire al vuoto di diritto pubblico nell'arena internazionale e alla forza coercitiva di poteri selvaggi con una giuridificazione crescente delle relazioni tra soggetti sovrani. Solo la terza posizione può configurare un autentico *costituzionalismo globale*,

<sup>7</sup> Posta l'ormai consolidata partizione degli approcci alle relazioni internazionali – realismo, istituzionalismo liberale, costruttivismo – la proposta teorica di Habermas s'inscrive nell'approccio costruttivista, che contro ogni riduzionismo della politica internazionale alla distribuzione materiale del potere afferma la rilevanza delle strutture normative ed enfatizza il carattere artificiale e la trasformabilità di quelle strutture e quindi la loro incidenza sull'identità dei soggetti politici. Cfr. C. Reus-Smit (Rd.), *The Politics of International Law*, Cambridge University Press 2004.

<sup>8</sup> Cfr. R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 133: «Se, nel diritto internazionale, si utilizzano i concetti “giustizia” e “democrazia” in un senso morale (o moralistico), allora si arriva presto a demonizzare i “nemici della giustizia”, aprendo le porte a una politica egemonica mascherata da intervento umanitario. L'ordine globale sarebbe diviso in stati giusti e amici, da una parte, e stati ingiusti e nemici (stati “canaglia”), dall'altra».

<sup>9</sup> H. Brunkhorst, *Vorwort* a P. Holmes, *Verfassungsevolution in der Weltgesellschaft. Differenzierungsprobleme des Rechts und der Politik im Zeitalter der Global Governance*, Nomos, Baden Baden 2013, pp. 7-13.

<sup>10</sup> Cfr. G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali die regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano 2012.

riconducibile alla presenza di un diritto superiore che promuove l'istituzionalizzazione di organi internazionali<sup>11</sup>.

La teoria politica critica, come alcuni ormai amano definirla, ha inscritto nel suo progetto la «costituzionalizzazione con democrazia». Riconoscendo che l'ordinamento giuridico globale è «*costituzionalistico*, non ancora *democratico*», e che non c'è alternativa alla costituzione democratica della società mondiale (ma non allo stato mondiale), Hauke Brunkhorst si domanda se esista un «*pouvoir constituant* internazionalizzato», che prescinda dall'illusione costruttivistica di un disegno imposto da un vertice o da un centro (e già qui è ben evidente la difficoltà di conciliare una prospettiva costituzionale rivoluzionaria e un realismo istituzionale di matrice sistemica). Adottando una diversa prospettiva, Regina Kreide vede la «democrazia deliberativa internazionale» fondarsi su «tre pilastri» che identifica nelle procedure deliberative degli stati democratici, negli «elementi deliberativi dell'istituzionalizzazione democratica transnazionale» e in «sfere pubbliche deboli e forti»<sup>12</sup>. Soprattutto a partire dagli anni '90, il dibattito è proseguito, allargandosi a quello che è stato definito *emerging right to democratic governance*, al principio internazionale dell'inclusione democratica (secondo il quale le «costituzioni statali risultano oggi incluse dentro una rete costituzionale transnazionale e sovranazionale»), e al riconoscimento della soggettività giuridico-internazionale delle singole persone (titolari di diritti umani come diritti cosmopolitici)<sup>13</sup>.

Non andrebbe naturalmente sottovalutato il fatto che tutto questo dibattito è venuto svolgendosi all'ombra di un grande dilemma politico, concernente la legittimità di interventi bellici a difesa di diritti fondamentali gravemente minacciati. Storicamente i diritti umani si sono affermati con la funzione di limitare la sovranità, e quindi anche di inibire quella tipica funzione sovrana che è l'identificazione dei nemici e la decisione sulla guerra. Paradossalmente, in anni recenti la guerra è tornata in campo, giustificata proprio dalla necessità di proteggere i diritti umani, nella forma di quella che Ulrich Beck ha definito «guerra postnazionale»<sup>14</sup>. Il problema è quello di come arginare lo spettacolo moralmente poco edificante del non-intervento in presenza di

---

<sup>11</sup> H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica di Hans Kelsen e altri saggi*, Trauben, Torino 2010, p. 86, evidenzia quattro elementi strutturali: «Primo: l'esistenza di un diritto superiore, applicando il quale si producono le norme ordinarie. Secondo: la priorità normativa, nel diritto internazionale, di questo diritto superiore inteso come *jus cogens*. Terzo: la creazione di istanze soprastatali e interstatali quali organi indipendenti. Quarto: la produzione di diritti soggettivi positivi da parte dei diversi regimi costituzionalizzati, e dunque la nascita di una *cittadinanza* regionale, globale, o anche solo funzionalmente e settorialmente specificata».

<sup>12</sup> H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica di Hans Kelsen e altri saggi*, Torino, Trauben 2010, pp. 134 e 141, R. Kreide, *Politica globale e diritti umani. Potenza e impotenza di uno strumento politico*, Torino, Trauben 2010, p. 289.

<sup>13</sup> H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica* cit., p. 71. Cfr. T. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, in «*American Journal of International Law*», 86 (1992), pp. 46-91, F. Müller, *Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2003, M. Albert/R. Stichweh (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2007, G. Gozzi/P. Manzini (a cura di), *L'Occidente e l'ordine internazionale*, Giappichelli, Torino 2008. Cfr. R. Forst/K. Günther (Hg.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, Campus, Frankfurt/New York 2011, con contributi di Samantha Besson e Armin Bogdandy sul diritto internazionale, p. 167 ss).

<sup>14</sup> U. Beck, *Über den postnationalen Krieg*, in R. Merkel (Hg.), *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2000, pp. 232-41.

massacri genocidari e altre massicce violazioni dei diritti umani. E' tornata pertanto a farsi strada la convinzione che fosse sbagliata e anche pericolosa quella teoria «secondo cui nessuna guerra nel mondo moderno possa ritenersi giusta»<sup>15</sup>.

Sulle questioni «quale armi possano essere usate», «come», «per quali scopi», la teoria della guerra giusta, si ritiene, continua ad avere «parecchio da dire». E dal Michael Walzer di *Unst and Unjust Wars* (1977) al John Rawls di *The Law of Peoples* (1999) tali questioni sono tornate ad essere ampiamente discusse. Intanto, il nuovo interventismo non si legittima più in termini di politica per la pace ma come attivismo protezionistico dei diritti umani<sup>16</sup>. Per questo, la teoria della guerra giusta nelle sue recenti riproposizioni introduce vincoli ulteriori: l'uso della forza ha come obiettivo la restaurazione dello *status quo ante*, ma «con una condizione aggiuntiva: che la minaccia posta dallo Stato aggressore nelle settimane o nei mesi precedenti all'attacco non sia inclusa in questo processo di "ricostituzione"»; e deve essere orientato non solo a «proteggere la vita della popolazione civile tanto dagli attacchi diretti quanto dai "danni collaterali"»<sup>17</sup> ma a favorire ogni possibile contenimento della violenza. Rispetto al diritto di guerra classico, che sostanzialmente limitava il suo sforzo di contenimento della distruttività della guerra sulla protezione dei civili, il diritto di guerra umanitario è venuto progressivamente introducendo misure di garanzia anche per i soldati. Dopo aver sottolineato che nella conduzione della guerra i «popoli ben ordinati devono accuratamente distinguere fra tre gruppi: i leader e i funzionari dello stato fuorilegge, i suoi soldati e la sua popolazione civile», Rawls, per esempio, individua tra i principi restrittivi del diritto di guerra umanitario il riconoscimento che i soldati di uno stato fuorilegge non possono essere considerati responsabili per la guerra voluta dai loro capi<sup>18</sup>.

Andrebbe naturalmente tenuto conto – il che non è qui possibile fare per ragioni di spazio – delle scansioni del dibattito: dopo la prima guerra del Golfo, dopo la crisi bosniaca, dopo la guerra per il Kosovo, dopo l'intervento in Afghanistan<sup>19</sup>. Già la prima guerra del Golfo aveva generato un vivace interesse internazionale alla rinascita della dottrina della «guerra giusta». Ma fu l'intervento NATO, che per la prima volta dal dopoguerra coinvolse in operazioni militari anche le forze armate

---

<sup>15</sup> M. Walzer, *Giustizia e ingiustizia nella guerra del Golfo*, in Id., *Sulla guerra*, Laterza, Roma-Bari 2004, pp. 83-84: «Non c'è mai stata un'età dell'oro della guerra, in cui le teorie sulla guerra giusta fossero facili da applicare e quindi fossero applicate regolarmente. Se c'è qualcosa da dire in proposito, la tecnologia attuale rende oggi possibile combattere distinguendo meglio i bersagli rispetto al passato, se c'è la volontà politica di farlo».

<sup>16</sup> A spingersi molto avanti in questa direzione V. Zanetti, *Ethik des Interventionsrechts*, in C. Chwaszeza/W. Kersting (Hg.), *Politische Philosophie der internationalen Beziehungen*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1998, pp. 297-324.

<sup>17</sup> M. Walzer, *Giustizia e ingiustizia nella guerra del Golfo* cit., pp. 89-92.

<sup>18</sup> J. Rawls, *Il diritto dei popoli* cit., pp. 127-28: «La ragione per cui possono essere oggetto di attacco diretto non è che sono responsabili della guerra, ma sta nel fatto che ai popoli bene ordinati non viene lasciata altra scelta».

<sup>19</sup> L'evolvere del dibattito internazionale in relazione a queste crisi può essere seguito, dall'altra sponda dell'Atlantico, attraverso i saggi di M. Walzer, *Sulla guerra* cit. Cfr. H. Brunkhorst, *Paradigmenwechsel im Völkerrecht? Lehren aus Bosnien*, in M. Lutz-Bachmann/J. Bohman (Hg.), *Frieden durch Recht. Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1996, pp. 251-272, R. Merkel (Hg.), *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2000. In questo dibattito si è inserita anche la voce del sociologo K. O. Hondrich, *Wieder Krieg*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2002.

tedesche, a sollevare un dibattito nel corso del quale Habermas e altri intellettuali gravitanti nell'orbita francofortese vennero ridefinendo e articolando le loro posizioni in materia internazionalistica. La svolta non era più interpretata come un'indebita ingerenza ma come un necessario passaggio nella transizione dal diritto internazionale classico al diritto cosmopolitico dell'età globale. L'inefficacia di un diritto internazionale ancora colonizzato (e paralizzato) dal diritto egemonico del Consiglio di sicurezza doveva essere contrastata facendo leva su argomenti morali. La pur riluttante limitazione del divieto d'intervento valeva come risposta ragionevole e giustificata alle esperienze moralmente significative di un secolo che aveva conosciuto la macrocriminalità totalitaria e la politica assoluta<sup>20</sup>. L'imperativo «mai più Auschwitz» doveva pesare moralmente di più dell'imperativo «mai più guerra».

La confusione tra diritto e morale, cacciata dalla porta, è sembrata però rientrare a questo punto dalla finestra. E' un generico senso morale a decidere in ultima istanza della legittimità di un intervento armato. Accanto ai potenziali integrativi della comunicazione Habermas ha riattivato anche le risorse emotive dell'indignazione per fornire una legittimazione all'interventismo umanitario. Nel fuoco delle controversie suscitate dall'intervento NATO contro la Serbia, Habermas ha sostenuto essere sufficiente «una consonanza di indignazione morale verso grossolane violazioni dei diritti umani ed evidenti trasgressioni del divieto di compiere azioni militari di aggressione. Per l'indignazione di una società di cittadini del mondo bastano le concordi reazioni negative ad atti di criminalità di massa percepiti come tali»<sup>21</sup>. Ma se è vero che l'appello alla risorsa morale umanitaria può servire a vincere la paralisi di un sistema internazionale bloccato dalla logica egemonica del Consiglio di sicurezza e dai contrastanti interessi degli stati, non meno evidente è poi che il ricorso ad argomenti morali per valutare di volta in volta le modalità concrete degli interventi finisce immancabilmente per minare la loro legittimità. E di questo il dibattito anche in seno alla Scuola di Francoforte ha offerto ampia testimonianza.

## 2. Il diritto internazionale nell'ultima Scuola di Francoforte

La rifondazione di un *foedus pacificum* nel quadro di un'evoluzione giuridica globale, nella quale le costituzioni statali diventano costruzioni parziali assoggettate allo *ius cogens* del diritto internazionale e i diritti dell'uomo si trasformano in diritti cosmopolitici (in quanto viene riconosciuta la soggettività giuridica-internazionale

---

<sup>20</sup> J. Habermas, *Humanität und Bestialität. Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral*, in R. Merkel (Hg.), *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht* cit., p. 59. Per la tesi dell'illegalità dell'intervento, cui andrebbe imputata la distruzione delle condizioni per una giuridificazione e costituzionalizzazione del diritto internazionale, R. Merkel, *Das Elend der Beschützten. Rechtsethische Grundlagen und Grenzen der sog. Humanitären Intervention und die Verwerflichkeit der NATO-Aktion im Kosovo-Krieg*, ivi, pp. 66-98. Un'equilibrata sintesi degli argomenti pro e contra in G. Meggle, *Ist dieser Krieg gut? Ein ethischer Kommentar*, ivi, pp. 138-59.

<sup>21</sup> J. Habermas, *L'Occidente diviso* cit., p. 139. Ma sul tema M. Iser, *Empörung und Fortschritt. Grundlagen einer kritischen Theorie der Gesellschaft*, Campus, Frankfurt/New York 2008.



delle singole persone), costituisce l'orizzonte entro il quale va collocato il dibattito internazionalistico all'interno della più recente scuola di Francoforte. Senza perdere di vista la contraddizione che segna la società mondiale, vale a dire il conflitto tra istanze egemoniche e cosmopolitiche, Habermas e i suoi si interrogano sulla natura e sul potenziale trasformatore delle istituzioni sovranazionali. Riprendendo i temi di Martti Koskenniemi, tutti gli autori impegnati su questo fronte conducono un'intransigente battaglia contro la cultura del *legal dynamism* di tipo egemonico e imperiale e a favore della cultura del *legal formalism* di tipo non imperiale. A monte di questo impegno sta la prospettiva universalistica di Hans Kelsen, il suo progetto legalistico e il riconoscimento della crescente centralità del momento giurisdizionale anche in ambito internazionale<sup>22</sup>: sviluppata però in accordo con i principi di una teoria normativa del processo di costituzionalizzazione internazionale.

La tesi che il XX secolo sia stato, fra tante altre tragiche vicende, anche il secolo di una rivoluzione giuridica senza precedenti, che ha finito per imporre il normativismo come paradigma dominante, ne è il presupposto. «Kelsen ha avuto ragione contro Carl Schmitt: la sovranità giuridica coincide con l'insieme della comunità internazionale» ha sentenziato Hauke Brunkhorst. Sulla perentorietà di questo giudizio ci sarebbe motivo di dubitare. Così come occorre non fraintendere il senso di questo approdo kelseniano. E' un fatto, comunque, che Carl Schmitt sia diventato, negli anni in cui una parte della letteratura internazionalistica di lingua inglese lo veniva scoprendo, il principale bersaglio polemico di tutta la teoria giuridico-politica francofortese. Si tratta di esorcizzare un autore il cui pensiero mette a repentaglio la fede tardo-illuministica nell'ineluttabilità della rivoluzione giuridica globale. «La rivoluzione giuridica mondiale ha vinto perché più nessuno può sfuggire al nuovo diritto che ha creato»<sup>23</sup>.

La battaglia contro Schmitt da parte della scuola di Francoforte è per altro una battaglia d'antica data (come lo è, a partire dall'habermasiano *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, il debito nei suoi confronti in merito alla problematizzazione della sfera pubblica). Non stupisce pertanto vederla oggi proseguita proprio dall'ultimo Habermas, e poi da Brunkhorst e da Maus, che ne fanno, nel pensiero del Novecento, il vero teorico dell'anti-universalismo e della "deregulation" costituzionale indotta dalla globalizzazione: nella formulazione di Maus, «il primo profeta di una generale

<sup>22</sup> Cfr. J. Bernstorf, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Nomos, Baden-Baden 2001, H. Brunkhorst/R. Voigt (Hg.), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Nomos, Baden-Baden 2008.

<sup>23</sup> H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica* cit., rispettivamente p. 81 e 72. Sulla contrapposizione teorica Kelsen-Schmitt p. 32 ss. Questa la tesi dell'A., che sviluppa una proposta interpretativa di Harold Berman: «Anche se non possiamo ancora permetterci un giudizio storico distaccato, non è tuttavia avventato affermare che le trasformazioni sociali del ventesimo secolo, aprendo la strada a una società mondiale integrata non solo *funzionalmente* ma anche *normativamente*, hanno ancora aggiunto un anello alla catena delle grandi e vittoriose rivoluzioni giuridiche del passato: da quella *papale* del dodicesimo secolo a quella *protestante* del sedicesimo e diciassettesimo, fino alle due più famose rivoluzioni *costituzionali* del diciottesimo» (p. 44). Problematico è però il nesso che Brunkhorst tenta d'instaurare tra la rivoluzione russa del 1917 e la rivoluzione giuridica globale.

“deregulation” giuridica»<sup>24</sup>, nella lettura di Brunkhorst l'autore che è all'origine di quella «cultura egemonica del dinamismo giuridico internazionale (che) si lascia descrivere in termini di deformalizzazione e simultanea rimoralizzazione del diritto»<sup>25</sup>. Ma se l'impegno critico degli esponenti delle ultime generazioni francofortesi è indirizzato alla demolizione della dottrina schmittiana del diritto e dello Stato, occorre rilevare anche l'ambivalenza del rapporto con essa. La fascinazione della cultura di sinistra per l'opera di questo maestro del sospetto e critico dell'ipocrisia liberale è un capitolo rilevante della storia culturale del Novecento – ed è tema ben noto nel nostro paese.

A Schmitt viene in particolare ascritto il merito di aver diagnosticato crudamente l'involutione imperialistica del diritto internazionale dopo la fine del sistema eurocentrico degli stati e di aver messo in guardia dai rischi di una moralizzazione del diritto – rischi che sarebbero nuovamente divenuti evidenti in anni recenti con il fondamentalismo dei diritti umani<sup>26</sup>. «Come internazionalista, Carl Schmitt ha sostanzialmente sviluppato due argomentazioni. La prima è diretta contro un “concetto discriminatorio di guerra” e una progressiva legalizzazione delle relazioni internazionali; con l'altra, che prevede la sostituzione degli Stati con grandi spazi soggetti a un dominio imperiale, egli intende salvare i presunti vantaggi del diritto internazionale classico anche dopo la dissoluzione del sistema degli Stati europei»<sup>27</sup>. E in effetti la sua tesi che la struttura del diritto internazionale europeo sia stata determinata dalla conquista del nuovo mondo è stata variamente riproposta dai critici delle matrici colonialistiche del diritto internazionale egemonico<sup>28</sup>. L'intento è di criticare l'autolegittimazione del diritto internazionale che, senza rinunciare al principio dell'autonomia degli stati, pretende di assicurarne la cooperazione sulla base del rispetto di principi comuni.

Per Schmitt, d'altra parte, l'universalismo è una patologia che prende il sopravvento nell'epoca della fine della statualità, nella quale l'utopia della giuridificazione globale soppianta la concretezza della decisione politica e genera nuove forme di criminalizzazione e discriminazione morale. Consapevole del problema, anche Habermas si domanda: «Quand'è che una politica dei diritti umani portata avanti da

---

<sup>24</sup> I. Maus, *La problematica legittimazione di una costituzione globale*, Trauben, Torino 2010, p. 108. «Schmitt resta sempre il teorico di riferimento per chi voglia capire dove stia oggi andando il diritto» (p. 78).

<sup>25</sup> H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica* cit., p. 83.

<sup>26</sup> Basterebbe qui richiamare l'incipit del suo saggio del 1937/38 *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*, dove si nota come a fronte delle lotte sanguinose che hanno luogo in ogni angolo del pianeta sia divenuto comune evitare il ricorso al concetto di guerra, per essere colpiti dall'analogia con il dibattito contemporaneo, in particolare tedesco, nel quale si è con ostinazione cercato di evitare di parlare di guerra a proposito dell'intervento militare in Afghanistan. Gli scritti internazionalistici di Schmitt, in gran parte anteriori a *Der Nomos der Erde*, sono ora raccolti in C. Schmitt, *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924-1978*, hg. v. G. Maschke, Duncker & Humblot, Berlin 2005.

<sup>27</sup> J. Habermas, *La costituzionalizzazione del diritto internazionale ha ancora una possibilità?* cit., p. 191. Il riferimento è in particolare a C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, Adelphi, Milano 1990.

<sup>28</sup> M. Koskeniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, il Mulino, Bologna 2012. Ma vedi, con diversa accentuazione, M. Koskeniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, in “Theoretical Inquiries in Law” 8/9 (2006), pp. 9-36.

una organizzazione mondiale si rovescia in *fondamentalismo dei diritti umani?*»<sup>29</sup>. Ma erronea è per lui l'idea che per evitare la moralizzazione della politica internazionale «si debba liberare (o ripulire) la politica internazionale dal diritto e il diritto dalla morale»<sup>30</sup>. Si tratta di recuperare pertanto dalla tradizione liberale (e kantiana) una corretta definizione dei rapporti tra politica, diritto e morale e della divisione tra funzioni legislative, esecutive e giudiziarie. Evidente è ciò in Habermas, quando insiste sulla distinzione tra norme morali e norme giuridiche. «Norme morali, che fanno appello alla nostra superiore capacità di giudizio, non debbono essere imposte coercitivamente come se fossero norme giuridiche vigenti»<sup>31</sup>. E quando propone di distinguere sul piano teorico le questioni giuridiche da quelle politiche, ribadendo la divisione dei compiti tra Corte internazionale di giustizia e Consiglio di sicurezza. E' tuttavia significativo che persino Ingeborg Maus, certo non accusabile di simpatie schmittiane, si trovi, a fronte di questa posizione, a dover obiettare che «queste richieste di Habermas non tengono conto dell'effettiva politicizzazione delle questioni giuridiche»<sup>32</sup>.

Quello che si può fondamentalmente constatare è l'oscillare tra l'ottimismo di chi considera assicurata la rivoluzione giuridica e il pessimismo di una diagnosi che vede messa a repentaglio la democrazia. Da un lato il progetto di cosmopolitizzazione giuridica avanza, come in Kant, con la tacita benedizione di una implicita filosofia della storia. Habermas non manca di registrare le tre tendenze che vanno in direzione del superamento delle difficoltà frapposte al progetto di una costituzione globale democratica: 1) la natura pacifica delle repubbliche, 2) la forza unificante del commercio mondiale, 3) la funzione della sfera pubblica politica<sup>33</sup>. Contro i teorici catastrofisti dello stato d'eccezione planetario i francofortesi mantengono salda la fiducia nella forza normativa del normativo. «Le infrazioni giuridiche dell'America restano pur sempre l'eccezione, non la norma della sua politica. Gli USA non hanno

<sup>29</sup> J. Habermas, *L'idea kantiana della pace perpetua* cit., p. 214.

<sup>30</sup> J. Habermas, *L'idea kantiana della pace perpetua* cit., p. 212. Habermas argomenta contro la tesi anti-universalistica di Schmitt scorporandola in due enunciati: «1) la politica dei diritti umani conduce a guerre che – mascherandosi da “azioni di polizia” – assumono una valenza morale; 2) questa moralizzazione bolla l'avversario come un nemico: una criminalizzazione che non può non spalancare le porte alla disumanità più bestiale (...) I due enunciati vengono giustificati sulla base di due distinte premesse. a) La politica dei diritti umani serve a imporre norme che sono parte di una morale universalistica. b) In quanto i giudizi morali obbediscono al codice “buono/cattivo”, ogni valutazione morale *negativa* dell'avversario distrugge la limitazione giuridicamente istituzionalizzata dello scontro militare (o politico) che ci contrappone a lui. Mentre la prima premessa è falsa, la seconda premessa – se viene riferita a una politica dei diritti umani – suggerisce un presupposto erroneo» (p. 202). Cfr. R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 133 ss.

<sup>31</sup> J. Habermas, *Humanität und Bestialität* cit., p. 63.

<sup>32</sup> I. Maus, *Diritti umani, democrazia e organizzazione globale*, Trauben, Torino 2010, pp. 143-44: «Il Consiglio di sicurezza, così come l'ONU nel suo insieme, è composto da attori strategicamente interessati, e la Corte internazionale di giustizia dell'Aia ha già dato prova di quanto il diritto sia in realtà influenzabile dall'emozione, dal momento che nel formulare le accuse (con utilizzazione strumentale e corriva del diritto internazionale) si è rivelata persino incapace di distinguere tra “crimini di guerra” e “genocidio”. Dopo queste esperienze risulta difficile pensare che una Corte internazionale di giustizia possa fungere insieme (come vorrebbe Habermas) da *istituzione* che lavora in maniera giuridicamente ineccepibile e da *organo* in cui si riflette con “autorevolezza” la voce dell'opinione pubblica mondiale. Qui Habermas fa semplicemente surrogare dalla *fiducia* nella giustizia la *tuttora carente istituzionalizzazione* della legittimazione democratica».

<sup>33</sup> J. Habermas, *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in Id., *L'inclusione dell'altro* cit., p. 183 ss.

– né in termini di diritto né in termini di fatto – la facoltà di creare spazi fuorilegge»<sup>34</sup>. L'onere della giustificazione imposto ai discorsi pubblici vuole in effetti contribuire al rafforzamento della capacità di autocorrezione delle democrazie.

Dall'altro lato, la denuncia realistica delle patologie che affliggono l'attuale sistema internazionale sembra confliggere inesorabilmente con la fiducia normativistica nella sua riformabilità. Il disincantamento del progetto cosmopolitico deve fare i conti con le permanenti forze oligarchiche che decidono della e sulla politica interna mondiale: oligarchie economico-finanziarie, oligarchie degli stati che conservano effettive capacità egemoniche, struttura e logica oligarchica del Consiglio di sicurezza. «Nessun legislatore ha formalmente attribuito competenze decisorie alle riunioni e ai vertici degli esecutivi, nessuno ha autorizzato i *frequent travellers* e i *global players*. Nessun tribunale è competente sul loro (del tutto libero) convocarsi e organizzarsi»<sup>35</sup>. Un'altra componente è il fatto che gli Stati Uniti continuino a opporsi strenuamente (ma ciò vale ancor più per le altre grandi potenze, Russia e Cina) alla «relativizzazione cosmopolitica» della loro sovranità<sup>36</sup>. Il fallimento delle politiche coercitive che vanno sotto il nome di «interventi umanitari» (le guerre del Golfo, l'intervento Nato in Bosnia e nel Kosovo, l'intervento in Afghanistan) è inoltre sempre sotto i loro occhi.

Ingeborg Maus, sostenendo che «l'esistenza di una costituzione diventa un modo di "surrogare" l'assenza di democrazia»<sup>37</sup>, scende in campo contro l'idea che lo scavalcamento delle frontiere sociali operato dal processo di globalizzazione renda superato il modello del moderno stato democratico. La sua critica è rivolta all'approccio evoluzionista dell'emergere di «costituzioni civili globali», che finisce per prendere congedo dalla moderna accezione del termine costituzione, e a coloro che, pur senza rinunciare a un concetto normativo di costituzione (kantianamente postulante l'autolegislazione democratica dei cittadini), finiscono per accontentarsi a livello mondiale di deboli surrogati, quali l'esistenza di una «sfera pubblica globale». L'imbrigliamento di una «sovranità diffusa» ad opera di *overlapping, interlocking, intersecting structures and processes* rende in realtà impossibile organizzare una vera divisione dei poteri; e finisce per vanificare la potestà legislativa dei cittadini<sup>38</sup>. «La

---

<sup>34</sup> H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica* cit., p. 83.

<sup>35</sup> H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica* cit., p. 146. Cfr. K. Günther, *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità. La globalizzazione come problema giuridico*, in *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, Trauben, Torino 2010, pp. 83-114, I. Maus, *La problematica legittimazione di una costituzione globale* cit., p. 61, che parla di «forma estrema di rifeudalizzazione» che cancella «quella differenziazione tra potere economico e potere politico ch'era stata il sigillo della modernità».

<sup>36</sup> K. Günther, *Il cittadino del mondo tra libertà e sicurezza*, in Id., *Pluralismo giuridico* cit., p. 116.

<sup>37</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., p. 116. Cfr. F. Rödl, *Giuridificazione democratica senza statalizzazione. Diritto di collisione invece di Stato globale*, in O. Eberl (a cura di), *Democrazia transfrontaliera?*, Trauben, Torino 2011, pp. 93-128, qui p. 94.

<sup>38</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., pp. 126-127. «Mentre la teoria illuministica si fondava sulla ottimizzazione reciproca di sovranità popolare e sfera pubblica – sicché il sovrano democratico decideva dopo essere stato illuminato dal discorso pubblico e, viceversa, gli esiti del discorso pubblico diventavano effettivamente vincolanti sul piano giuridico –, il depotenziamento attuale di una democrazia ridotta a "sfera pubblica" rinuncia fin dall'inizio a trattare il problema generale di come rendere effettivamente partecipi i cittadini al processo decisionale della legislazione» (p. 123).

istituzionalizzazione di una politica mondiale significherebbe oggi il distacco definitivo dei diritti umani dalla democrazia, dunque la loro distruzione»<sup>39</sup>. Su ogni assetto che preveda l'esportazione della democrazia in forma coercitiva Maus è poi perentoria, spingendosi addirittura a suggerire un'analogia sconcertante tra uno sviluppo costituzionale (dell'arena internazionale) che fa a meno dell'atto costituente e la «costituzione vivente» del sistema nazionalsocialista: «L'istituzionalizzazione di una politica mondiale significherebbe oggi il distacco definitivo dei diritti umani dalla democrazia, dunque la loro distruzione»<sup>40</sup>.

Nella discussione che è seguita all'11 settembre 2001 il valore della sicurezza è prevalso su quello della libertà, finendo per minare l'intero edificio dei diritti fondamentali. E' prevalso cioè un punto di vista utilitaristico, in base al quale «noi siamo disposti ad accettare notevoli restrizioni *potenziali* alla nostra libertà, purché sul piano *reale* questa libertà ci venga allargata e stabilizzata». Sembra essere questa una delle maggiori preoccupazioni della tarda teoria critica. Le loro analisi sulla guerra in Afghanistan, presentata sia «come azione di ritorsione punitiva contro i mandanti dell'11 settembre, sia come misura di polizia diretta a prevenire e contrastare il terrorismo internazionale, sia come una guerra di difesa preventiva contro attacchi in via di preparazione», convergono. E convergono nel sostenere che gli attentati del 2001 si sono rivelati essere «soltanto un acceleratore dello sviluppo mirante a un *sistema di sicurezza transnazionale*. Si tratta di un sistema che incide profondamente nelle libertà giuridiche dell'individuo, sia sul piano dei diritti *fondamentali* del cittadino dello stato sia sul piano dei diritti *umani* del cittadino del mondo»<sup>41</sup>.

Che l'approdo dei francofortesi non possa poi essere considerato, come una lettura del saggio prima citato di Brunkhorst potrebbe indurre a pensare, un Kelsen potenziato sul versante dei diritti umani, risulta evidente se si prendono in considerazione le riflessioni di Rainer Forst sul rapporto tra giustizia e pace – che si pongono agli antipodi del positivismo giuridico kelseniano. Tradizionalmente pace e giustizia sono presentati come valori interconnessi, reciprocamente integrantesi o congiuntamente esaustivi, collocati dunque sullo stesso piano. Una prospettiva normativistica forte considera invece la giustizia non solo come condizione per la realizzazione di una pace duratura ma anche come criterio per valutare la qualità della pace. «La pace è un *valore*, mentre la giustizia è il *principio* superiore che ci permette di giudicare la pace – quindi di stabilire *quali* tipi di pace meritano di essere perseguiti e quali no»<sup>42</sup>. Questo ha naturalmente delle implicazioni pratiche. Forst fa

<sup>39</sup> I. Maus, *La problematica legittimazione di una costituzione globale* cit., p. 29.

<sup>40</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., pp. 29 e 72. La tesi di Maus sul problema è perentoria: «il diritto di autodeterminazione dei cittadini messi a ferro e fuoco dagli interventi militari deve considerarsi violato persino nel caso in cui tali cittadini condividano la stessa interpretazione dei diritti umani data dalle potenze militari intervenienti» (*La problematica legittimazione di una costituzione globale* cit., p. 118). Sui rapporti tra Habermas e Maus cfr. P. Niesen/O. Eberl, *Il positivismo democratico di Habermas e Maus*, in O. Eberl (a cura di), *Democrazia transfrontaliera?* cit., pp. 211-44.

<sup>41</sup> K. Günther, *Pluralismo giuridico*, pp. 127, 116 e 123.

<sup>42</sup> R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 125. «L'ordine normativo della giustizia è un ordine pacifico, ma non ogni ordine pacifico è un ordine di giustizia» (p. 130). L'approccio normativistico di Forst dovrebbe però

riferimento al movimento *No Peace Without Justice*, che pone l'accento sui diritti umani e sulla giustizia penale internazionale (giustizia non solo prospettiva ma retrospettiva): la pace non deve essere perseguita al prezzo dell'immunità per crimini passati. Così argomentando, Forst ha buon gioco nel mettere in discussione la tesi liberale (e rawlsiana) che pone la pace internazionale a fondamento della giustizia tra i popoli (e non viceversa), scavalcando utopisticamente l'assunto corrente, che l'ONU sia «un sistema di sicurezza collettiva e non una cooperativa per l'attuazione della giustizia»<sup>43</sup>.

Forst applica il principio del discorso per pervenire a una «giustificazione morale dei diritti umani», intendendo il «diritto alla giustificazione» come «imperativo categorico»: la dignità dell'uomo viene a coincidere con il suo diritto alla giustificazione<sup>44</sup>. In prospettiva kantiana è per lui un errore culturalizzare e relativizzare la giustizia, come fa l'ultimo Rawls con il suo «cauto liberalismo». Il rispetto e la tolleranza anche per popoli «gerarchici», non liberali ma rispettabili, induce Rawls a dare la precedenza alla pace sulla giustizia. Sorge pertanto il sospetto che i fautori dell'etnocentrismo dei diritti umani vogliano riservare all'Occidente i benefici del diritto monopolizzando per se i diritti fondamentali<sup>45</sup>. Per questo Forst è contrario all'estensione dell'argomento dell'*overlapping consensus* alla dimensione interculturale dei diritti umani. La teoria della giustizia normale ci dice che cosa è giusto in contesti sociali, quella della *giustizia riflessiva* ricerca quali modi di giustificazione della giustizia possano essere effettivamente condivisi dagli interessati<sup>46</sup>. E' necessario pertanto dare del principio trascendentale della pubblicità un'interpretazione democratica. Nello spirito di Kant, occorre andare oltre Kant: un sistema giuridico deve fondarsi non solo su «un insieme di principi giuridici pubblicamente *manifesti*», bensì anche su «un sistema di norme pubblicamente *giustificabili*»<sup>47</sup>.

---

confrontarsi più in dettaglio anche con i risultati della ricerca sociologica su questi temi, ad es. J. Elster, *Justice, Truth, Peace*, in M. S. Williams/R. Nagy/J. Elster (Ed.), *Transitional Justice*, New York University Press 2012, pp. 78-97.

<sup>43</sup> W. Kersting, *Bewaffnete Intervention als Menschenrechtsschutz?*, in R. Merkel (Hg.), *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht* cit., p. 187.

<sup>44</sup> R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 139. Il fondamento morale dei diritti umani «è il rispetto per la persona umana intesa come agente autonomo che ha un "diritto alla giustificazione"» (p. 87). Una cultura della giustificazione ha in prima istanza una valenza polemica contro la guerra, che è una «"fuga dalla giustificazione", ovvero una elusione della giustificazione intesa come prassi sociale, anche se tutti coloro che s'imbarcano in una guerra vedono sempre, o fingono di avere, buone ragioni per farlo» (p. 142). Cfr. Id., *Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2007.

<sup>45</sup> R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 109: «Chi crede che democrazia e diritti umani siano un possesso dell'Occidente e che siano validi solo in questa cultura non comprende la grammatica normativa di tali concetti, né in riferimento alla loro genesi storica né in relazione al loro significato per i conflitti del nostro tempo».

<sup>46</sup> R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 138.

<sup>47</sup> R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 131. Come argomenta anche Regina Kreide, i diritti umani sono, per loro struttura, norme giuridiche sempre vincolate a procedure politiche istituzionalizzate: essi «possono essere giustificati nel processo politico esclusivamente mediante argomenti morali, ma non possono essere giustificati *al di fuori* di una procedura democratica» (R. Kreide, *Politica globale e diritti umani* cit., p. 286). Così anche K. Günther, *Pluralismo giuridico* cit., p. 40 ss.

## II. Kantiana

### 3. Kant e il diritto internazionale

Se nelle riflessioni sul rapporto tra morale, diritto e politica che innervano il dibattito delle ultime generazioni della Scuola di Francoforte il pendolo continua ad oscillare tra Kant e Hegel<sup>48</sup>, nella riflessione sul diritto internazionale, che al suo interno prende avvio solo con gli anni '90, la bilancia pende più marcatamente dalla parte di Kant<sup>49</sup>. Al centro del rinnovato programma di ricerca francofortese sta, per i temi internazionalistici, l'opera giuridico-politica di Kant, e in particolare il suo trattatello *Zum ewigen Frieden*, che, soprattutto dopo la cesura del 1989, e in occasione del bicentenario della sua pubblicazione (1995) e del bicentenario della morte di Kant (2004), ha visto addensarsi su di sé una vera ondata di pubblicazioni – un'ondata che non accenna a rientrare<sup>50</sup>. Denominatore comune delle interpretazioni francofortesi del Kant internazionalistico è, come già dovrebbe esser risultato evidente da quanto esposto fin qui, l'orientamento a distinguersi da quelle (maggioritarie) letture strumentali che tentano di «piegare» il testo dello scritto kantiano all'opzione politica di una riforma dell'ONU, al rafforzamento delle sue potenzialità strategiche e alla legittimazione degli interventi militari a scopo «umanitario»<sup>51</sup>.

Di quest'opera Oliver Eberl e Peter Niesen hanno fornito di recente un commentario molto particolareggiato, che può essere oggi raccomandato a chiunque affronti il suo studio come la guida filologicamente più sicura. Esso contiene un'introduzione storica, un'interpretazione dei testi, in cui le varie sezioni di *Zum ewigen Frieden* sono analizzate in rapporto ai corrispondenti paragrafi della *Rechtslehre* nella *Metaphysik der Sitten* (orientando l'interpretazione verso soluzioni volte a dissolvere le apparenti contraddizioni tra i due testi), una storia della ricezione dell'opera e una

<sup>48</sup> Sul punto rimando al mio *Il pendolo di Francoforte. Metamorfosi della teoria critica*, in «Teoria politica» 3 (2013), pp. 365-83.

<sup>49</sup> Nel quadro del rinnovato interesse per il problema delle istituzioni per la pace si fa marcato anche l'interesse per il Rousseau teorico del diritto internazionale: O. Asbach, *Staatsrecht und Völkerrecht bei Jean-Jacques Rousseau. Zur Frage der völkerrechtlichen Vollendung des Contrat social*, in R. Brandt/K. Herb, *Vom Gesellschaftsvertrag*, Akademie, Berlin 2012, pp. 243-271. Cfr. J.-J. Rousseau, *Principes du droit de la guerre. Ecrits sur la paix perpétuelle*, ed. par B. Bernardi et G. Silvestrini, Vrin, Paris 2008.

<sup>50</sup> G. Cavallar, *Pax kantiana. Systematisch-historische Untersuchung des Entwurfs „Zum ewigen Frieden“ (1795) von Immanuel Kant*, Böhlau, Wien 1992, V. Gerhardt, *Immanuel Kants Entwurf „Zum ewigen Frieden“. Eine Theorie der Politik*, WBG, Darmstadt 1995, F. Chevenal, *Philosophie in weltbürgerlicher Bedeutung. Über die Entstehung und die philosophischen Grundlagen des supranationalen und kosmopolitischen Denkens der Moderne*, Schwabe, Basel 2002, O. Höffe (Hg.), *Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden*, Akademie, Berlin 1995, R. Merkel/R. Wittmann (Hg.), *„Zum ewigen Frieden“ – Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee von Immanuel Kant*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1996, O. Höffe, *„Königliche Völker“. Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2001, N. De Federicis, *Gli imperativi del diritto pubblico. Rousseau, Kant e i diritti dell'uomo*, Edizioni Plus, Pisa 2005, G. Marini, *La filosofia cosmopolitica di Kant*, a cura di N. De Federicis e M. C. Pievatolo, Laterza, Roma-Bari 2007, L. Caranti (a cura di), *Kant's Perpetual Peace. New Interpretative Essays*, Roma 2006, Id., *Per una teoria kantiana dei diritti umani*, in C. La Rocca (a cura di), *Leggere Kant. Dimensioni della filosofia critica*, Edizioni ETS, Pisa 2007, pp. 203-226, M. Mori, *La pace e la ragione. Kant e le relazioni internazionali: diritto, politica, storia*, il Mulino, Bologna 2008, R. Perni, *Diritto, storia e pace perpetua. Un'analisi del cosmopolitismo kantiano*, ETS, Pisa 2012.

<sup>51</sup> Cfr. I. Maus, *Diritti umani cit.*, pp. 95 e 118.

mappatura delle posizioni della ricerca oggi – che tiene ovviamente ben conto della recente discussione interna alla scuola e, in particolare, delle obiezioni mosse a Habermas da una esigente studiosa di Kant quale è senza dubbio Ingeborg Maus<sup>52</sup>.

Opportunamente gli autori distinguono i tentativi di attualizzazione dello scritto kantiano sulla pace – e più in generale i tentativi di appropriarsi di Kant a fini di legittimazione di recenti politiche internazionalistiche – in tre categorie: 1) le teorie del carattere pacifico delle democrazie, 2) le teorie dell'interventismo umanitario, 3) le teorie dell'ordine giuridico-federativo e del costituzionalismo globale. Tutte postulano la necessità di un adeguamento della struttura argomentativa kantiana al mutato contesto della globalizzazione; ma tutte considerano la posizione kantiana del problema punto di partenza ineludibile per giungere a dare risposte soddisfacenti anche alle mutate sfide del XXI secolo.

1) Alla base del primo orientamento interpretativo stanno le note tesi, in larga misura fondate su ricerche empiriche della scienza delle relazioni internazionali, sul carattere pacifico delle democrazie, che nel corso della storia hanno sì fatto guerra per ragioni difensive a regimi non democratici ma non si sono tra loro combattute. Kant diventa l'esponente e il capofila dell'internazionalismo liberale, che a fine del XX secolo sfocia nella riformulazione del diritto dei popoli ad opera di John Rawls. «I popoli bene ordinati non entrano in guerra l'uno contro l'altro, ma solo contro stati non bene ordinati le cui mire espansioniste minacciano la sicurezza e la libere istituzioni dei regimi bene ordinati, scatenando così la guerra»<sup>53</sup>. Rawls, alla ricerca di un «diritto dei popoli ragionevole», è esplicito nell'affermare che «una società liberale non può giustificatamente chiedere ai suoi cittadini di combattere per ottenere ricchezze economiche o acquisire risorse naturali, men che meno per conquistare il potere e l'impero», ma fornisce in *The Law of Peoples* una serie di criteri orientativi per una teoria della guerra giusta che risulti compatibile con l'assunto del carattere pacifico delle democrazie<sup>54</sup>. (Su questo problema torneremo nel § 5).

2) Alla base del secondo orientamento – quello dei fautori dell'interventismo umanitario, ossia degli interventi armati a difesa dei diritti umani ove siano sistematicamente violati su larga scala da regimi terroristici e/o totalitari – stanno le tesi di chi come Fernando Tesón argomenta che il «non-interventismo è una dottrina del passato»<sup>55</sup>. Più prudente è la posizione di Rawls che, se pur in una nota di *The Law of Peoples* ammette la liceità di un «intervento di forza a difesa dei diritti umani» quando le loro violazioni siano «di rilievo eccezionale» e la società che li

---

<sup>52</sup> I. Kant, *Zum ewigen Frieden und Auszüge aus der Rechtslehre*, Kommentar von Oliver Eberl und Peter Niesen, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2011. Sull'ultimo punto si veda in particolare O. Eberl, *Demokratie und Frieden. Kants Friedenschrift in den Kontroversen der Gegenwart*, Nomos, Baden-Baden 2008. Per un inquadramento complessivo V. M. Hackel, *Kants Friedenschrift und das Völkerrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2000.

<sup>53</sup> J. Rawls, *Il diritto dei popoli*, Edizioni di Comunità, Torino 2001, p. 126.

<sup>54</sup> J. Rawls, *Il diritto dei popoli* cit., p. 122. Cfr. B. Orend, *War and International Justice. A Kantian Perspective*, Laurier University Press, Waterloo (Ont.) 2000.

<sup>55</sup> Cit. in O. Eberl/P. Niesen, *Kommentar* cit., p. 340. Cfr. F. R. Tesón, *Humanitarian Intervention. An Inquiry into Law and Morality*, Transnational Publ., Dobbs Ferry 1988.



commette si mostri «insensibile all'imposizione di sanzioni», annovera fra i principi restrittivi della condotta di guerra il dovere di «rispettare, per quanto possibile, i diritti umani dei membri della controparte, sia civili sia militari»<sup>56</sup>. A Rawls viene rimproverato di «culturalizzare e contestualizzare la giustizia», fino al punto di smarrire l'ancoramento kantiano del valore della pace al principio superiore della giustizia<sup>57</sup>. Dal principio di autonomia discende il divieto d'intervento, cui Kant dà formulazione nel quinto articolo preliminare dello scritto sulla pace perpetua<sup>58</sup>. Il «nemico ingiusto» è del resto categoria che si riferisce in Kant allo stato di natura (dove per altro è «pleonastica») o al combattente che viola sistematicamente il diritto di guerra, non il sovrano di uno stato dispotico che viola i diritti del suo popolo, nei confronti del quale vale comunque per Kant il principio di non intervento: per il filosofo della pace perpetua «una preemptiva o preventiva identificazione di un avversario come ingiusto a monte delle ostilità è esclusa»<sup>59</sup>.

3) La terza linea interpretativa largamente rappresentata nel dibattito contemporaneo è quella che, liberando Kant dalle pastoie di una concezione della sovranità statale divenuta anacronistica, ne fa il teorico di una repubblica mondiale che dovrebbe fungere da idea regolativa per una riforma radicale delle istituzioni sovranazionali. Esemplare è a questo proposito la posizione di Otfried Höffe<sup>60</sup>. Nella consapevolezza che un ordinamento giuridico globale non possa funzionare in assenza di un monopolio della forza minimo (che configurerebbe uno «Stato mondiale ultraminimo»), Höffe indica la soluzione in una «repubblica mondiale sussidiaria e federale», in cui i singoli stati non si dissolvono ma si integrano in un secondo livello macroregionale (una dimensione di aggregazione che Kant non poteva nemmeno

<sup>56</sup> J. Rawls, *Il diritto dei popoli* cit., p. 128. E questo per due ragioni: «La prima è né più né meno che il nemico, come chiunque altro, è titolare di questi diritti in base al diritto dei popoli. L'altra ragione è che il contenuto di questi diritti va insegnato ai militari e ai civili nemici mediante l'esempio dato dal trattamento loro riservato. E' questo il modo migliore di renderli consapevoli del significato e dell'importanza dei diritti umani».

<sup>57</sup> R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 137: su questo punto Forst rimanda all'interpretazione kantiana, in *Zum ewigen Frieden*, del motto *fiat iustitia pereat mundus*. Kant non lascia alcun dubbio sul fatto che «l'imperativo della pace non è per nulla normativamente indipendente; piuttosto, esso si fonda sul principio del diritto inteso come un principio di giustizia valido a priori: "Aspirate, innanzitutto, al regno della ragion pratica pura e alla sua giustizia, e il vostro scopo (la benedizione della pace perpetua) vi si presenterà da sé"».

<sup>58</sup> I. Kant, *Per la pace perpetua. Progetto filosofico*, in Id., *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari 1995, p. 166: «Nessuno Stato deve intromettersi con la forza nella costituzione e nel governo di un altro Stato (...) Non è però da includersi in ciò il caso di uno Stato che, per discordia interne, si divida in due parti, ognuna delle quali rappresenti uno Stato particolare che rivendica l'intero; caso in cui prestare sostegno ad uno dei due non potrebbe essere imputato ad uno Stato esterno come intromissione nella costituzione dell'altro (poiché allora si tratta di anarchia). Ma sinché questo conflitto interno non sia ancora deciso, tale intromissione di altre potenze sarebbe una violazione del diritto di un popolo che lotta con una sua malattia interna e non dipende da nessun altro, e dunque proprio essa sarebbe un reale scandalo e renderebbe insicura l'autonomia di tutti gli Stati». Per un'analisi ben argomentata dell'articolazione della posizione anti-interventista e dei suoi limiti W. Kersting, *Bewaffnete Intervention als Menschenrechtsschutz?* cit., pp. 190-207.

<sup>59</sup> O. Eberl/P. Niesen, *Kommentar* cit., p. 334.

<sup>60</sup> O. Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Beck, München 1999, nonché Id., *Völkerbund oder Weltrepublik? e Ausblick: Die Vereinten Nationen im Lichte Kants*, in O. Höffe (Hg.), *Immanuel Kant. Zum ewigen Frieden*, Akademie, Berlin 1995, pp. 109-132 e 245-72; su cui si vedano K. Günther, *Alles richtig! Otfried Höffes Entwurf einer subsidiären und föderalen Weltrepublik auf der Basis des Allgemeinen menschlichen*, in «Rechtshistorisches Journal» 19 (2000), pp. 232-252 e S. Gosepath/J.-C. Merle (Hg.), *Weltrepublik. Globalisierung und Demokratie*, Beck, München 2002.

immaginare al di fuori di aggregazioni dispotico-imperiali) e in un terzo livello globale – operando appunto in base al principio della sussidiarietà. All'estremo opposto nello spettro delle posizioni si colloca invece John Rawls con *The Law of Peoples*, un'opera che, per quanto riguarda la specifica configurazione istituzionale del *foedus pacificum*, si mantiene nel vago al pari di Kant, rispetto al quale si distingue poi (come dalla maggior parte degli interpreti contemporanei) per l'elusione del momento del «diritto cosmopolitico». Pur ricorrendo a una terminologia che lo accomuna alla vulgata liberal-democratica (e che include anche la categoria degli «stati canaglia»), Rawls assume una posizione di estrema prudenza non solo sul versante dell'interventismo umanitario ma anche su quello delle riforme del sistema internazionale<sup>61</sup>. Come osserva Forst, è intervenuto uno «scisma all'interno del kantismo», tra coloro che insieme a Höffe e Pogge argomentano a favore di forti istituzioni globali e per un'illimitata validità universale dei diritti umani e dei principi di giustizia e coloro che come Rawls e Harald Müller adottano una posizione di prudente liberalismo, riproponendo l'idea tradizionale di un *foedus pacificum* regolato da principi di diritto internazionale su cui i popoli ben ordinati possano convenire e che possano essere adottati anche da *decent hierarchical peoples*<sup>62</sup>.

In dialogo più o meno diretto con queste letture, Habermas è intervenuto sul testo di Kant a più riprese, in primo luogo in un saggio scritto in occasione della prima celebrazione (1995), dove, riconosciuta la fecondità dell'approccio kantiano, e messo in risalto il suo rifiuto di ogni forma (accentrata o federale) di stato mondiale («Da un punto di vista storico, l'esitazione di Kant nei confronti della possibilità di *costituzionalizzare* l'unione dei popoli era sicuramente realistica»), se ne individua altresì il limite (che sarà superato solo da Kelsen) nell'indisponibilità ad abbandonare il dogma della sovranità statale e la rigida divaricazione tra lega dei popoli e repubblica mondiale<sup>63</sup>. Rilevata l'incoerenza del concetto kantiano di lega dei popoli, si indica la via per il suo superamento facendo leva sul terzo articolo definitivo sul diritto cosmopolitico (che pone le questioni relative al «diritto di visita» e al «diritto all'ospitalità»), attraverso il quale il diritto internazionale si trasformerebbe da diritto tra stati a diritto degli individui<sup>64</sup>.

A quel saggio hanno fatto seguito in anni successivi alcuni contributi in cui la prospettiva appare mutata e la posizione di Habermas avvicinarsi a quella delle

<sup>61</sup> O. Eberl/P. Niesen, *Kommentar* cit., p. 350: «Con Kant e contro i suoi interpreti liberali Rawls si esprime per un trattamento egualitario degli stati non-repubblicani» (per quelli che chiama «popoli decenti» o «rispettabili») nel diritto internazionale. Cfr. A. Niederberger, *Liberales Tolerieren statt globaler Gerechtigkeit. John Rawls' Konzeption eines Rechts der Völker*, in M. Becker (Hg.), *Politischer Liberalismus und wohlgeordnete Gesellschaften. John Rawls und der Verfassungsstaat*, Nomos, Baden-Baden 2013, pp. 131-64.

<sup>62</sup> R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 134.

<sup>63</sup> J. Habermas, *L'idea kantiana della pace perpetua* cit., pp. 180-82. La difesa della sovranità in Kant è inconseguente perché egli riconduce ogni assetto giuridico al diritto originario spettante alla persona umana (p. 192). Sul punto anche H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica* cit., p. 65, secondo cui la teoria internazionalistica di Kant «finisce per avvolgersi nelle stesse aporie della sovranità in cui s'inceppa più tardi anche il positivismo della volontà statale».

<sup>64</sup> J. Habermas, *L'idea kantiana della pace perpetua* cit., pp. 177-215. Gli fa eco H. Brunkhorst, *La rivoluzione giuridica* cit., p. 147: «Kant continua ad avere ragione: anche diritti umani malamente distorti sul piano organizzativo e ambiziose promesse di democrazia sono pur sempre *diritto e non filantropia*».

interpretazioni liberali: i limiti concettuali della teoria kantiana discenderebbero dal condizionamento storico, a cui andrebbe imputata una concezione ancora centralistica della sovranità popolare, una prospettiva particolaristica sull'identità culturale dei popoli e il privilegiamento del modello costituzionale della rivoluzione francese<sup>65</sup>. Optando per un sistema internazionale a più livelli, nel quale solo le più importanti funzioni istituzionali di coordinamento sono centralizzate, mentre a livello intermedio operano regimi continentali (sul modello dell'Unione Europea) e a basso livello continuano a sussistere gli stati nazionali, Habermas accoglie la prospettiva di Höffe nell'intento di «trasformare l'attuale regime contrattuale dell'ONU in una vera e propria costituzione». Ma, come si è già accennato, il programma resta minimalista, in quanto sul piano globale Habermas sembra accontentarsi dall'inserire l'ONU riformata dentro una sfera pubblica mondiale<sup>66</sup>. Problematico agli occhi dei suoi critici è semmai il fatto che da questo progetto di costituzionalizzazione del diritto internazionale consegua una incauta legittimazione dell'interventismo umanitario.

Questa lettura habermasiana è stata sottoposta a circostanziata critica da parte di Ingeborg Maus, secondo la quale essa si fonderebbe su un fraintendimento delle ragioni normative per cui Kant rigetterebbe la soluzione della repubblica mondiale per ripiegare sul surrogato della lega dei popoli<sup>67</sup>. Per Kant la pace non può mai essere conseguita a prezzo della libertà dei cittadini. Il divieto, enunciato nel quinto articolo preliminare di *Zum ewigen Frieden*, di intervenire dall'esterno nella costituzione di un altro stato, poggia secondo Maus su solide basi normative e su incontestabili dati fattuali: da un lato, sul fatto che, pur essendo pensabili, quanto ai loro rapporti, in una condizione simile allo stato di natura, gli stati «possiedono già al loro interno una costituzione giuridica. Pertanto risultano svincolati dalla costrizione con cui altri stati, a partire dalla loro idea di diritto, vorrebbero portarli dentro una costituzione più ampia»<sup>68</sup>. Dall'altro lato, preso atto del divario tra la pretesa categorica della ragione di realizzare un «continuum normativo tra diritti umani, sovranità popolare e disponibilità alla pace» e la situazione di inadeguatezza storica degli stati che non si sono ancora dati una costituzione repubblicana, Kant fa appello a una «legge permissiva» della ragione, in virtù della quale «istituti sociali e costituzioni politiche “cattive” devono essere tollerate, fino al momento in cui possono essere modificate senza correre il rischio di ri-precipitare nello stato di natura selvaggio, barbarico e senza legge» (il che accadrebbe qualora si tentasse di

---

<sup>65</sup> Cfr. I. Maus, *Diritti umani* cit., p. 121.

<sup>66</sup> J. Habermas, *Una costituzione politica per la società pluralistica mondiale?* cit., p. 244.

<sup>67</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., p. 119, così sintetizza la sua critica al collega francofortese: «In primo luogo, con una lettura molto libera della *Pace perpetua*, Habermas trascura la serietà delle ragioni normative per cui Kant rifiuta lo stato mondiale. In secondo luogo, Habermas per un verso corregge Kant dimostrando che si può sganciare la costituzione dal sostrato dello “stato mondiale”, per l'altro verso, col suo progetto di giuridificazione decentrata e globale, si riaccosta al “surrogato” kantiano della lega dei popoli, lasciandone però cadere le esigenti premesse normative». Le più importanti fra queste ragioni normative sono individuate nell'«irriscontabile, intrinseca impossibilità della sovranità popolare a funzionare da auto legislazione democratica a livello globale» (p. 122) e «l'assenza del dominio delle leggi» in un ipotetico stato mondiale (p. 123).

<sup>68</sup> I. Kant, *Per la pace perpetua* cit., p. 175.

imporre dall'esterno, con metodi coercitivi, un ordine repubblicano ad un popolo ancora recalcitrante)<sup>69</sup>.

Quello che Maus denuncia è il rischio di una unilaterale autonomizzazione dei diritti umani rispetto al complesso delle procedure democratiche, il che finirebbe per mettere a repentaglio quella co-originarietà di diritti e democrazia che pure Habermas pretende di porre a fondamento della sua teoria politica<sup>70</sup>. Il progetto habermasiano di costituzionalizzazione del diritto internazionale collide poi con l'impianto kantiano per quanto riguarda la sua concretizzazione sia in riferimento all'Unione Europea (la costituzione è per Kant un «fine in sé», e deve astenersi dallo stabilire finalità esterne e programmi tecnocratici) sia in riferimento all'ONU (la kantiana lega dei popoli non prevede infatti pratiche interventistiche come il titolo VII della Carta delle Nazioni Unite)<sup>71</sup>. Le divergenze di opinione tra gli autori della scuola non possono essere pertanto sottovalutate – soprattutto per quanto riguarda l'interpretazione di Kant. Per un verso, la dottrina kantiana del diritto internazionale serve ai francofortesi da modello normativo a cui commisurare le incoerenze di costruzione e le inadempienze dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, per l'altro la nuova costellazione postnazionale, con l'indebolimento della sovranità statale, li induce a intraprendere una revisione critica dell'impianto kantiano. Se per Brunkhorst «la sua teoria internazionalistica finisce per avvolgersi nelle stesse aporie della sovranità in cui s'incepiva più tardi anche il positivismo della volontà statale»<sup>72</sup>, per Maus siamo di fronte all'unico modello teorico che consente davvero di armonizzare l'istanza democratica con la garanzia dei diritti umani.

Contro la tesi habermasiana, secondo cui i cittadini dei paesi democratici, essendo anche cittadini del mondo e quindi titolari del diritto internazionale, avrebbero di fatto «trasferito all'ONU una sorta di delega assicurativa, che legittima il Consiglio di sicurezza a intervenire nella difesa dei diritti umani fondamentali, nel caso in cui i loro governi non possano o non vogliano farlo»<sup>73</sup>, Ingeborg Maus obietta che «qui si tratta, in realtà, di una autorizzazione puramente fittizia, *non* di una definizione istituzionale, e limitazione, di questa facoltà d'intervento»<sup>74</sup>. Contro il moderato

<sup>69</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., p. 134.

<sup>70</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., p. 136: «oggi si tende a ridurre tutti i principi costituzionali (diritti umani, sovranità popolare e divisione dei poteri) soltanto ed esclusivamente ai diritti umani». Cfr. K. Günther, *I diritti umani. Versione liberale e versione discorsiva*, in Id., *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità* cit., pp. 39-62.

<sup>71</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., pp. 138-39. Maus coglie qui efficacemente un'aporia dell'argomentazione habermasiana: «Mentre all'interno delle varie democrazie nazionali Habermas si mostra violentemente avverso a ogni strategia espertocratica, la sua idea di costituzione sovranazionale viene invece pagata con la messa a tacere di questa avversione» (p. 144).

<sup>72</sup> H. Brunkhorst, *La rivoluzione globale* cit., p. 65. A Kant viene imputata «quella concezione *troppo* sostanzialistica di sovranità popolare, che costringeva il filosofo di Königsberg ad accontentarsi di un ordinamento internazionale ancora «primitivo», dove gli stati restavano l'unico organo legittimo di potere».

<sup>73</sup> J. Habermas, *Una costituzione politica per la società pluralistica mondiale?* cit., p. 241. Sulla questione cfr. anche O. Höffe, *Humanitäre Intervention? Rechtsethische Überlegungen*, in R. Merkel, *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht* cit., pp. 167-86.

<sup>74</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., p. 141. E aggiunge: «Il fatto che questa finzione non abbia potuto essere finora legittimata da un referendum a livello mondiale non fa altro che provare ulteriormente la correttezza del giudizio kantiano circa il carattere inevitabilmente *non democratico* di una costituzione globale».

riformismo di Habermas, Maus approda così a un esemplare conservatorismo costituzionale, che si appella all'«atteggiamento estremamente prudente di Kant»<sup>75</sup>. Laddove una proposta di riforma dell'ONU viene da Maus avanzata, essa va del tutto in direzione di rendere del tutto improbabile un intervento militare a difesa dei diritti umani<sup>76</sup>.

Altrettanto intransigente è la posizione assunta da Rainer Forst. Una volta riconosciuto che «giustizia e pace sono due *pratiche normative di non dominazione*», occorre guardarsi dal rischio di «rovesciare il principio di non dominazione in un principio egemonico di oppressione interventista». Contro la tendenza a trasformare i diritti umani in «norme di autorizzazione della politica internazionale», si deve kantianamente far valere che il «fondamento normativo» a partire dal quale si devono concepire i diritti umani «è il diritto di ogni persona a essere rispettata come qualcuno/a che ha un diritto morale alla giustificazione: ogni azione o norma rivendicante legittimità deve poter essere adeguatamente giustificata». Forst argomenta contro quell'approccio che guarda alla funzione giuridico-internazionale dei diritti dell'uomo lasciando però indeterminata la loro funzione morale. Ed è esplicito il bersaglio polemico di questa argomentazione. «Sbaglia chi afferma che la prima funzione politico-giuridica dei diritti umani consiste, nel quadro del diritto e della prassi internazionale, nell'apprestare ragioni utili a legittimare politiche d'intervento»<sup>77</sup>.

Muovendo nella sostanza (il che può voler dire: senza pretese di ortodossia) da premesse kantiane (ma dando il debito rilievo anche al realismo di Kant) è possibile però approdare anche a differenti conclusioni. Sulla questione in esame è forse più convincente assumere la posizione di Wolfgang Kersting, che propone le seguenti tesi: 1) è difficile sostenere una posizione rigorosamente anti-interventista, 2) il criterio della legittimità giuridica per giustificare un intervento è eticamente irrilevante, 3) è però possibile giustificare con argomenti un moderato interventismo, 4) a patto che ci si limiti a giustificare minimalisticamente gli interventi a tutela di una categoria di diritti umani ben delimitata (diritti alla vita, all'incolumità e a una elementare sicurezza, non diritti politici di partecipazione e autodeterminazione)<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., p. 140, insiste sulle «buone ragioni che sottostanno alla situazione vigente»: è l'affermazione del «nesso tra sovranità statale e sovranità popolare (potenziale)» che «vieta alla carta ONU di autorizzare imposizioni violente dei diritti umani».

<sup>76</sup> I. Maus, *Diritti umani* cit., p. 146: «Forse bisognerebbe pensare a un diritto di veto dell'Assemblea generale contro le risoluzioni del Consiglio di sicurezza (però con amplissima maggioranza dell'80 o 90 per cento). In tal modo si limiterebbe sia l'impiego dei mezzi estremi d'intervento militare a tutela dei diritti umani, sia la prepotenza culturale degli stati più forti contro la stragrande maggioranza degli stati membri».

<sup>77</sup> R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., pp. 130, 132, 112 e 100.

<sup>78</sup> W. Kersting, *Bewaffnete Intervention als Menschenrechtsschutz?* cit., p. 207. Kersting chiama i diritti in nome dei quali si può giustificare un intervento militare «diritti trascendentali», altrimenti definibili come «diritti di esistenza», gli altri, che non possono legittimare un tale intervento, «diritti programmatici», qualificabili anche come «diritti di eccellenza» (p. 218 ss). Ciò significa necessariamente mettere in discussione la tesi dell'unitarietà dei diritti fondamentali. Contro questa concezione minimalista dei diritti si schiera R. Forst, *Critica dei rapporti di giustificazione* cit., p. 77 ss.

#### 4. Guerra giusta e nemico ingiusto

La teoria kantiana in materia di legittimazione della guerra poggia, per le sue fonti, su una tradizione di pensiero che aveva definito i criteri della guerra giusta in maniera restrittiva. Denominatore comune di questa tradizione è l'affermazione che giusta può essere considerata solo la guerra che è condotta da un'autorità pubblica, per una giusta causa e con retta intenzione. A questa tradizione si raccordano i molteplici tentativi, che negli ultimi decenni si sono compiuti, di perfezionare il quadro normativo al fine non già di mettere a repentaglio ma di portare a compimento il progetto moderno di civilizzazione della guerra. Si sono così ribaditi i principi dello *ius ad bellum* – 1) autorizzazione da autorità competente, 2) giusta causa, 3) retta intenzione, 4) uso della forza come estrema risorsa, 5) proporzione tra il danno arrecato e il beneficio – e dello *ius in bello* – 1) ancora il principio di proporzionalità dei mezzi rispetto allo scopo, 2) il principio della separazione di combattenti e non combattenti e la conseguente immunità dei non combattenti<sup>79</sup>. Ritroviamo queste tesi, per esempio, nella filosofia politica di Rawls, che ribadisce l'ineludibilità di questo discorso normativo sulla base del riconoscimento che il diritto alla guerra per autodifesa è «appannaggio di tutte le società bene ordinate»<sup>80</sup>.

Nel dibattito contemporaneo molti sono anche i tentativi di ascrivere le poche notazioni, che Kant dedica al tema, alla tradizione della guerra giusta. Fernando Tesón afferma senza troppe sfumature: «The Kantian tesi includes a theory of just war; it is the war waged in defense of human rights»<sup>81</sup>. Partendo dalle stesse premesse, Brian Orend si è proposto di sviluppare su fondamenta kantiane e rawlsiane una teoria della pace giusta e di ridefinire la categoria dello *ius post bellum* all'altezza dei problemi del presente. Questa teoria postula cinque condizioni per uno *ius post bellum* moralmente giustificato: 1) che si metta fine alla guerra non appena i suoi obiettivi sono stati raggiunti; 2) che l'intenzione sia retta, il che esclude ogni diritto di rivincita; 3) che si creino le condizioni per la collaborazione con un'autorità legittima del paese, in grado almeno di rispettare i diritti umani; 4) che sia esclusa una punizione collettiva e 5) che sia rispettato il principio della proporzionalità dei mezzi<sup>82</sup>.

Sotto il profilo filologico, la questione è però più intricata: se è vero, infatti, che, *sul piano pragmatico*, Kant non si può dire avverso alla teoria della guerra giusta in alcuni suoi aspetti, di questa «non può neanche essere definito un teorico»<sup>83</sup>. Delle tre cause che giustificano la guerra secondo il *mainstream* giusnaturalistico, codificato

<sup>79</sup> David Fisher, *Morality and War. Can War be Just in the Twenty-first Century?*, Oxford University Press 2011, pp. 66-67.

<sup>80</sup> J. Rawls, *Il diritto dei popoli* cit., p. 121.

<sup>81</sup> F. R. Tesón, *A Philosophy of International Law*, Boulder 1998, p. 56. Cfr. S. Meld Shell, *Kant on Just War and "Unjust Enemies". Reflections on a "Pleonasm"*, in «Kantian Review», 10 (2005), pp. 82-111.

<sup>82</sup> B. Orend, *War and International Justice. A Kantian Perspective* cit., pp. 217-63.

<sup>83</sup> Così, nel quadro di un'interpretazione per molti versi convergente (anche se più *discontinuista* circa il rapporto tra lo scritto sulla pace perpetua e la *Rechtslehre*) con quella proposta da Eberl e Niesen, M. Mori, *La pace e la ragione. Kant e le relazioni internazionali: diritto, politica, storia*, il Mulino, Bologna 2008, p. 219.

da Grozio (*De iure belli ac pacis*, II, I, § II, 2): «1) la difesa, 2) la ripetizione del dovuto, 3) la punizione di un'infrazione del diritto naturale», Kant presta scarsa attenzione alla seconda, accoglie, radicalizzandola, la prima, rifiuta in modo perentorio la terza. Accoglie, radicalizzandola, la prima, in quanto giustifica la risposta non solo ad un «attacco effettivo» ma anche, come chiarisce il § 56 della *Rechtslehre*, alla semplice «minaccia», sia che questa provenga da preparativi di guerra (su cui si fonderebbe il diritto di prevenzione) sia che discenda dal «semplice accrescimento di uno stato che si rende temibile (*potentia tremenda*) per l'ingrandimento del suo territorio». Respinge poi la causa punitiva (nel sesto articolo preliminare della *Pace perpetua* e nel § 57 della *Rechtslehre*), argomentando che nessuna guerra tra stati sovrani, vale a dire reciprocamente indipendenti, può essere una guerra punitiva, perché, come noto, «la punizione può aver luogo solo nei rapporti di un superiore (*imperantis*) verso un inferiore (*subditum*), che non è il caso degli stati tra di loro»<sup>84</sup>.

Ha sollevato spesso sconcerto presso i critici il fatto che, pur perseguendo la finalità dell'instaurazione di una durevole condizione giuridica di pace tra gli Stati, Kant affermasse che «il diritto di uno stato contro un *nemico ingiusto* non ha limiti» (*Rechtslehre*, § 60). Il ricorrere della categoria di *hostis iniustus*, che Kant desumeva dalla tradizione giusnaturalistica e dalla sua fonte più diretta, Gottfried Achenwall, non dovrebbe troppo sorprendere: ciò è in continuità con la tradizione. Già Francisco de Vitoria, dopo aver ristretto le condizioni di liceità della guerra, riconosceva che il «principe che conduce una guerra giusta può fare tutto ciò che è necessario per ottenere pace e sicurezza dai nemici» (*De iure belli*, IV, 4). Certo, Vitoria si spingeva nel suo trattato ad affermazioni che qualificheremmo oggi come (ipocrita) diritto umanitario latitudinario, quando ad esempio scriveva: «è lecito incendiare la città, se ve ne è un motivo ragionevole. Ma poiché da simili concessioni derivano – commessi da soldati simili a barbari – molti mali atroci e crudeli al di là di ogni umanità, come stragi e torture di innocenti, ratti di vergini, stupri di donne, spoliazione di Chiese, senza dubbio è ingiusto distruggere una città, soprattutto cristiana, senza una grave causa che lo renda necessario. Ma se lo richiede la necessità non è illecito, anche se è probabile che i soldati commetteranno alcuni atti di quel tipo, che i comandanti, però, sono obbligati a proibire» (*De iure belli*, IV, 7).

Paradigmatica intorno a questa *vexata quaestio* la critica indirizzata a Kant da Schmitt. Kant presenta «un duplice volto»: da un lato egli porta a compimento quel processo di razionalizzazione della guerra come relazione tra persone egualmente sovrane che connota il moderno *jus publicum europaeum*, dall'altro sembra imboccare la pericolosa via della «soppressione normativistica del diritto internazionale interstatale europeo». A Kant, letto a partire da un osservatorio nel quale la sua eredità è stata raccolta da Kelsen (e questa pagina va interpretata come

---

<sup>84</sup> Cfr. M. Mori, *La pace e la ragione* cit., pp. 218-26. Giustamente l'interprete rileva: «Le affermazioni kantiane sul problema della *potentia tremenda* – chiarissime anche se succinte – sono improntate a un realismo politico la cui radicalità non ha precedenti nel dibattito giusnaturalistico» (p. 222).

un capitolo della violenta polemica antikelseniana che attraversa tutta la sua opera), Schmitt imputa «una completa confusione dell'antica dottrina dello *justus hostis*»<sup>85</sup>. Reintroducendo il concetto di nemico ingiusto Kant, con una mossa inaspettata (Schmitt per tre volte qualifica la svolta di Kant come «sorprendente»), torna a legittimare quanto aveva bandito, la guerra preventiva e la guerra punitiva. «Una guerra preventiva contro un simile nemico sarebbe ancor più di una guerra giusta. Sarebbe una crociata. Poiché abbiamo qui a che fare non già con un semplice criminale, ma con un *nemico* ingiusto, con uno che perpetua lo stato di natura»<sup>86</sup>. L'individuazione di un nemico ingiusto legittimerebbe quanto meno l'uso indiscriminato di rappresaglie<sup>87</sup>.

Si tratta però di un'interpretazione discutibile, anzi di un fraintendimento. Inquadrato sistematicamente, il contenuto del § 60 non è equivoco. Eberl e Niesen mettono in luce come Kant non reintroduca qui surrettiziamente un'idea di guerra punitiva. Tre considerazioni sono a questo proposito decisive: a) Kant afferma che, riferito allo stato di natura, l'espressione «nemico ingiusto» è pleonastica, perché lo stato di natura è per definizione uno «stato d'ingiustizia»; b) l'espressione è usata da lui per qualificare un comportamento che ha luogo quando la lesione del diritto è già avvenuta e il rapporto di belligeranza si è instaurato: la connotazione riguarda qui non la *causa* ma la *intentio* bellica, dunque i mezzi adoperati nella conduzione del conflitto (non è quindi questione di *ius ad bellum* ma di *ius in bello*); c) Kant tenta di sfuggire all'indifferentismo di uno *ius gentium* formalistico, per il quale tutti gli stati belligeranti sono *hostes aequaliter iusti*, individuando il «nemico ingiusto» in colui «la cui volontà pubblicamente manifestata (a parole come a fatti) tradisce una massima che, se fosse eretta a regola universale, non renderebbe possibile nessuno stato di pace, ma perpetuerebbe lo stato di natura» (ingiusto è il nemico la cui minaccia è universalizzata, cioè rivolta a tutti i popoli)<sup>88</sup>. Il punto è comunque che

<sup>85</sup> C. Schmitt, *Il nomos della terra*, p. 202. A questo proposito Schmitt afferma che sulla base di questa ripresa della nozione di nemico ingiusto «si vede che Kant è propriamente un filosofo e un moralista, e non un giurista»; e ancora «egli non è giurista e appare più vicino ai teologi che ai giuristi» (p. 205). Critico, convincentemente, sul punto W. Kersting, *Bewaffnete Intervention als Menschenrechtsschutz?*, in R. Merkel (Hg.), *Der Kosovo-Krieg und das Völkerrecht* cit., p. 216.

<sup>86</sup> C. Schmitt, *Il nomos della terra*, p. 203. E' curioso che Schmitt, che pure doveva essere a conoscenza del dibattito weimariano su Kant e la guerra giusta e in particolare delle tesi di Julius Ebbinghaus, *Kants Lehre vom ewigen Frieden und die Kriegsschuldfrage*, non si soffermi qui a ricostruire la condanna kantiana della guerra punitiva e della pace imperiale. Nel *Nomos* si limita a ricordare che Kant riconosce il ruolo dell'amnistia come momento inerente a ogni trattato di pace. Nel *Glossarium* ci sono pagine che vanno meditate, Schmitt getta la maschera: «L'uomo che si difende è più malvagio di quello che attacca. Difendendosi, infatti, egli si sente dalla parte della ragione. Ciò lo rende malvagio, e placa la sua coscienza quando punisce il nemico o addirittura lo educa inoculandogli un'anima diversa» (p. 386). F. Vander, *Kant, Schmitt e la guerra preventiva*, Manifestolibri, Roma 2004.

<sup>87</sup> Sulla questione cfr. J. Hebenstreit, *Repressalien im humanitären Völkerrecht*, Nomos, Baden-Baden 2004.

<sup>88</sup> O. Eberl/P. Niesen, *Kommentar* cit., pp. 162-74. Di diverso avviso W. Kersting, *Bewaffnete Intervention als Menschenrechtsschutz?* cit., p. 215, per il quale il nemico ingiusto è «ein staatlicher Staatlichkeitszerstörer, ein obrigkeitlicher Terrorist». Cfr. M. Mori, *La pace e la ragione* cit., p. 230: «La guerra, nell'idea della ragione, è cosa ingiusta ed è sempre vietata dalla ragione: l'espressione "nemico ingiusto" è un "pleonasma", perché tutti i nemici naturali sono ingiusti. Tuttavia la legge permissiva sospende questa condanna e consente di parlare di nemici giusti da entrambe le parti in una condizione in cui la guerra è la sola modalità per realizzare il proprio preteso diritto, a condizione che il comportamento bellico sia tale da non impedire la progressiva fuoriuscita dallo stato di natura e la graduale instaurazione di una condizione di giustizia istituzionale tra le nazioni».



anche nei confronti di un siffatto nemico Kant tiene ferme le limitazioni del diritto di guerra formulate nel § 57: illecito è sempre in base al diritto di guerra il ricorso a «mezzi perfidi, che distruggerebbero la fiducia che è necessaria per la fondazione futura di una pace duratura». Contro un nemico ingiusto, si ribadisce al § 60, uno stato può servirsi non già di tutti i mezzi di coercizione possibili ma soltanto di quelli «che non hanno in sé nulla di illecito»<sup>89</sup>.

Il problema del nemico ingiusto introduce una questione nuova, di più difficile decifrazione: è lecita l'imposizione al nemico sconfitto di una nuova costituzione dopo la guerra? Se Kant infatti è molto esplicito nel negare la legittimità di un'occupazione e spartizione del paese che si è meritato per la sua condotta di guerra la qualifica di nemico ingiusto, ricorre invece a un'espressione ambigua – «*eine Verfassung annehmen zu lassen*» – per ipotizzare un qualche condizionamento che dovrebbe indurre un popolo a darsi una costituzione in grado di reprimere la sua tendenza verso la guerra. Ma che cosa significa ciò? Oliverl e Niesen traducono letteralmente con «far adottare una costituzione», escludendo che Kant pensasse a una imposizione, che contraddirebbe all'orientamento anti-paternalistico del suo liberalismo. Anche interpretando nel modo più benevolo, è difficile però togliere a quell'espressione ogni valenza paternalistica. E' indubbio che l'innovazione kantiana rispetto ad Achenwall sia frutto di condizionamento storico: Kant tratta i problemi della guerra a partire dalla rottura rivoluzionaria che ha portato in Francia all'instaurazione di una costituzione repubblicana. L'esportazione, che già nel caso dell'occupazione dell'Olanda non tarda a diventare imposizione, di quel modello costituzionale è sotto i suoi occhi di spettatore di un rivolgimento storico senza precedenti. L'interpretazione non è però qui tanto condizionata dallo scenario storico entro il quale Kant formulava la sua tesi quanto dal perturbante (soprattutto per un osservatore tedesco) sovrapporsi di scenari contemporanei, l'attivazione di un «potere costituente sotto tutela» nella Germania del dopo Hitler e nell'Irak del dopo Saddam.

Sotto l'usbergo della tesi dell'unicità dell'Olocausto tutti i francofortesi sono indotti a ritenere il caso tedesco un caso eccezionale, da cui non si può trarre alcuna lezione generalizzabile. La recente ondata neo-liberaldemocratica di teorie interventistico-umanitarie, che danno in qualche (variabile) misura credito a circoscritte possibilità di esportazione della democrazia (di ordinamenti repubblicani in senso kantiano), si muove però in un'altra direzione. Queste teorie sono in fondo interessate a esplorare la zona grigia che si estende tra la mera imposizione dall'esterno di una costituzione e l'autonoma attivazione del potere costituente di un popolo. Esse mostrano di ritenere che, se si vuole continuare a fare ricorso alla finzione del potere costituente, occorre rassegnarsi a indagarne empiricamente, nelle situazioni eccezionali di tracollo di regimi a seguito di conflitti armati, le modalità di eterodirezione.

---

<sup>89</sup> Sul punto ampiamente O. Eberl/P. Niesen, *Kommentar* cit. Per una lettura che non esita a porre il testo kantiano in relazione agli attuali dibattiti sul terrorismo (nelle sue due forme: dall'alto e dal basso) W. Kersting, *Bewaffnete Intervention als Menschenrechtsschutz?* cit., p. 214 ss.

### III Groziana

#### 5. *Interventi umanitari e il principio responsibility to protect*

Per quanto la novità più radicale nello sviluppo novecentesco sia costituita, almeno se la commisuriamo a quel principio di sovranità statale che era stato la colonna del sistema di Vestfalia, dalla nascita dei tribunali penali internazionali e dalla loro progressiva legittimazione in virtù del crescente perfezionamento dello strumentario giudiziario, un peso ancora maggiore va attribuito alle politiche d'intervento attuate a tutela di diritti umani gravemente e collettivamente violati e a fini di pacificazione in conflitti civili o d'instaurazione coercitiva di ordinamenti democratici. Benché nella storia gli interventi militari nelle sfere di sovranità altrui siano stati prevalentemente motivati da interessi di potenza o dal ricorso a ideologie che fungevano da copertura a interessi di *Realpolitik*, è indubbio che nel corso dell'Ottocento possiamo registrare un dibattito sugli interventi militari a sostegno della civiltà e delle libertà, e contro la barbarie e il dispotismo, che gli storici non esitano a porre a confronto con i più recenti dibattiti sulla responsabilità di proteggere<sup>90</sup>. Frequentemente praticati da varie grandi potenze imperiali e statuali nel corso del tempo, gli interventi coercitivi nella vita politica di altri stati sono diventati nella seconda metà del XX secolo una prerogativa dell'Organizzazione delle Nazioni Unite e di coalizioni di stati impegnati a contrastare violazioni sistematiche dei diritti umani e politiche genocidarie.

Il tema della liceità dell'intervento coercitivo nei conflitti armati di altri stati è un tema classico del diritto internazionale. Ma è significativo che esso venga riproposto oggi in diretta correlazione con il concetto di guerra giusta. La messa al bando della guerra è ormai un principio condiviso del diritto internazionale, riconosciuto, sulla base dell'art 2, 4 della carta dell'ONU, come *ius cogens*. In base alla Carta, questo divieto conosce poi due eccezioni: il diritto degli Stati all'autodifesa in caso di aggressione (autodifesa collettiva quando uno Stato aggredito non sia in condizione di difendersi); il mandato del Consiglio di sicurezza quando genocidi, massacri, deportazioni costituiscano una seria minaccia alla pace. Il diritto internazionale resta però assai prudente in materia di ingerenza nella sfera di sovranità degli Stati, che la Carta dell'ONU pone a fondamento di tutta la sua costruzione. Ma con il trascorrere del tempo, e con la metamorfosi in atto del sistema internazionale, le maglie si sono allargate, rendendo la questione, sotto il profilo normativo e sotto quello dell'opportunità, molto più complicata<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> La storia dell'interventismo umanitario a partire dall'Ottocento è ormai stata approfonditamente studiata: G. Bass, *Freedom's Battle. The Origins of Humanitarian Intervention*, Vintage Books, New York 2008, M. N. Barnett, *Empire of Humanity. A History of Humanitarianism*, Cornell University Press 2013.

<sup>91</sup> La letteratura sul tema è ormai sterminata: F. R. Tesón, *Humanitarian intervention. An inquiry into law and morality* cit., N. Wheeler, *Saving Strangers. Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford University Press 2000, J. Rupperecht, *Frieden durch Menschenrechtsschutz. Strategien der Vereinten Nationen zur Verwirklichung der Menschenrechte weltweit*, Nomos, Baden-Baden 2003, E. A. Heinze, *Humanitarian Intervention. Morality and International Law on Intolerable Violations of Human Rights*, in «International Journal of Human Rights» 8 (2004), pp. 471-90, H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden 2005, C. Verlage,

Non sempre è chiaro se la guerra sia giusta o ingiusta, spesso cause giuste si intrecciano a cause ingiuste, come si è visto nel caso della seconda guerra contro l'Irak. Accertata la sussistenza di una giusta causa occorre domandarsi a) se l'intervento sia davvero necessario, b) se non ci siano alternative per raggiungere lo scopo, e c) se esso possa risultare davvero efficace. Una volta deliberato l'intervento, la delegittimazione può rapidamente seguire, qualora i danni e i costi per chi interviene, per chi ha provocato l'intervento e per gli innocenti coinvolti divengano troppo alti<sup>92</sup>. A fronte di queste difficoltà, non ha tardato a coagularsi, contro il partito degli interventisti, un eterogeneo schieramento di moralisti e realisti. I primi, muovendo dalla considerazione che un posteriore atto immorale non è assolto se commesso in reazione a un atto di eguale natura della controparte (i bombardamenti di Amburgo e Dresda del 1945, o quelli di Hiroshima e Nagasaki, restano crimini di guerra e crimini contro l'umanità nonostante quanto li aveva preceduti), sostengono che, elevata a imperativo morale assoluto, la norma, secondo cui non è mai lecito uccidere innocenti, conduce di fatto a un divieto di qualsiasi intervento umanitario. Qui si evidenzia il tragico dilemma, su cui insiste Ingeborg Maus: l'intervento militare a tutela dei diritti umani non può evitare di violarli drammaticamente<sup>93</sup>. I realisti d'altro canto sono sempre pronti – con Carl Schmitt – a vedere dietro la copertura ideologica di fraudolenti argomenti morali il prepotente irrompere di interessi economici e di potenza<sup>94</sup>.

Da più parti si sono riprese anche le considerazioni critiche di Schmitt, che aveva postulato una discontinuità netta tra la concezione medievale e quella moderna della guerra (salvo dover poi imputare ai classici, da Grozio a Kant, tutta una serie di confusioni e formulazioni contraddittorie) e soprattutto la non riducibilità della concezione discriminatoria della guerra del XX secolo alle concezioni antiche<sup>95</sup>. Ma, come è stato giustamente osservato, a correzione della ricostruzione schmittiana della vicenda dello *ius publicum europaeum*, «più che segnare una rottura netta rispetto all'ordine politico della modernità, il ritorno della guerra giusta, così come dei

---

*Responsibility to Protect. Ein neuer Ansatz im Völkerrecht zur Verhinderung von Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, M. E. Salomon, *Responsibility for Human Rights. World Poverty and the Development of International Law*, Oxford University Press 2008, T. Weiss, *What's Wrong With the United Nations and How to Fix It*, Polity Press, Cambridge 2009, M. Newman, *Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford University Press 2009, D. Miller, *The Responsibility to Protect Human Rights*, in L. H. Meyer (a cura di), *Legitimacy, Justice and Public International Law*, Cambridge University Press 2009, pp. 232-51, A. Orford, *International Authority and the Responsibility to Protect*, Cambridge University Press, 2011, A. Rausch, *Responsibility to Protect: eine juristische Betrachtung*, Lang, Frankfurt a. M. 2011, J. Pattison, *Humanitarian Intervention and the Responsibility to Protect. Who should Intervene?*, Oxford University Press 2012, J. Genser/I. Cotler, *The Responsibility to Protect. The Promise of Stopping Mass Atrocities in Our Time*, Oxford University Press 2012, C. J. Coyne, *Doing Bad by Doing Good. Why Humanitarian Action Fails*, Stanford University Press 2013.

<sup>92</sup> G. Meggle, *Ist dieser Krieg gut?* cit., pp. 156-59.

<sup>93</sup> R. Merkel, *Die „kollaterale“ Tötung von Zivilisten im Krieg. Rechtsethische Grundlagen und Grenzen einer prekären Erlaubnis des humanitären Völkerrechts*, in U. Bielefeld/H. Bude/B. Greiner (Hg.), *Gesellschaft – Gewalt – Vertrauen. Jan Philipp Reemtsma zum 60. Geburtstag*, Hamburger Edition 2012, pp. 204-229, qui 211.

<sup>94</sup> D. Zolo, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano 1995, Id., *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Torino 2000.

<sup>95</sup> Cfr. C. Schmitt, *Il nomos della terra* cit., p. 192 e Id., *Il concetto discriminatorio di guerra*, Laterza, Roma-Bari 2008.

concetti di intervento umanitario e di crimini contro l'umanità, sembra corrispondere alla ripresa di temi ben presenti nell'orizzonte discorsivo della politica moderna»<sup>96</sup>. La completa eliminazione della questione della *iusta causa*, postulata per l'indirizzo più formalistico del diritto internazionale, sarà destinata a rimanere utopia.

Più che alla tradizione kantiana, la politica internazionale degli ultimi decenni sembra a giudizio di molti ispirata al filone groziano che, assumendo una posizione intermedia rispetto alle tradizioni del realismo politico e del cosmopolitismo, riconosce l'esistenza di un diritto naturale fra gli stati e considera la guerra un male ineliminabile e tuttavia limitabile nella forma, appunto, della guerra giusta<sup>97</sup>. Sul tema della guerra giusta Grozio, si pone in evidente continuità con la dottrina di Vitoria, che individuando nel torto, come violazione di un insieme di diritti soggettivi, la radice di ogni causa di guerra giusta, adottava la prospettiva di una concezione giudiziaria della guerra<sup>98</sup>. Grozio affronta già con dispendio di argomenti un tema che è diventato centrale in dibattiti recenti: quello della responsabilità di proteggere. Relativamente agli interventi nei conflitti civili, invita alla prudenza, a non intraprendere azioni punitive se non si ha speranza di successo. S'interroga sulle differenze tra vincitori e vinti in termini di responsabilità di guerra, e su che cosa comporti il fatto che sia risultato vincitore lo stato che ha iniziato il conflitto senza una giusta causa.

Nella non benevola presentazione della sua dottrina nel *Nomos della terra*, Schmitt afferma che Grozio «risponde a numerose questioni concrete senza un sistema ben strutturato e senza chiari concetti»<sup>99</sup>. In realtà, Grozio riflette ancora un sistema internazionale ibrido, di transizione, come è quello attuale. Forse è questa la principale ragione del ritorno di un approccio groziano alle relazioni internazionali. Adottare una prospettiva groziana significa innanzitutto abbandonare il piano dei principi generali e dei postulati a priori per addentrarsi nel labirinto delle considerazioni fattuali su una realtà in sé contraddittoria, e in continuo cambiamento. A ciò si connette un altro motivo: il suo pensare la guerra in funzione della pace, ma non di un concetto puramente formalistico e negativo di pace. In un libro recente, Larry May ha lamentato che poco sia stato scritto, nell'età in cui si è codificato il diritto internazionale moderno, sullo *ius post bellum* e ha proposto a questo fine di ritornare al pragmatismo di Grozio, anziché al rigorismo di Kant. Grozio ha infatti il

---

<sup>96</sup> G. Silvestrini, *Giustizia della guerra e disuguaglianza: Vattel, l'aggressore ingiusto e il nemico del genere umano*, in «Filosofia politica», 22 (2008), p. 382.

<sup>97</sup> L'individuazione della tradizione groziana è, come noto, opera di M. Wight, *Western Values in International Relations*, in H. Butterfield/M. Wight (Eds.), *Diplomatic Investigations. Essays in the Theory of International Politics*, Allen & Unwin, London 1966, pp. 89-131; M. Wight, *International Theory. The Three Traditions*, ed. by G. Wight e B. Porter, Leicester University Press 1991.

<sup>98</sup> P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, P.U.F., Paris 1983. Cfr. G. Silvestrini, *Fra repubblicanesimo e giusnaturalismo. Itinerari nella storia del pensiero politico moderno*, Cortina, Torino 2008, p. 369 ss., che illustra bene questa prospettiva «in cui la guerra equivale allo svolgimento di un processo con altri mezzi»; M. Geuna, *Francisco de Vitoria e la questione della guerra giusta*, in G. Daverio Rocchi (a cura di), *Dalla concordia dei Greci al bellum iustum dei moderni*, Angeli, Milano 2013, pp. 143-74.

<sup>99</sup> C. Schmitt, *Il nomos della terra* cit., p. 155.

merito di connettere insieme le tre dimensioni a cui da Alberico Gentile a Kant i teorici dello *ius gentium* hanno pur sempre fatto riferimento: *ius ad bellum*, *ius in bello*, *ius post bellum*<sup>100</sup>. Se l'aggressore vince la guerra, la pace è per definizione ingiusta. E d'altra parte, se la legittimazione della guerra non è più decisa a partire dallo *ius ad bellum* ma dallo *ius post bellum*, nuove questioni acquistano rilevanza<sup>101</sup>.

La posizione groziana a favore della benevolenza umanitaria per coloro che combattono in una guerra ingiusta anticipa quanto ricorre nei dibattiti contemporanei intorno al trattamento dei crimini di guerra. E che i processi contro crimini di guerra debbano avere una funzione deterrente rispetto a pratiche barbare è idea che trova sostegno già nella sua trattazione. Ma soprattutto si possono rinvenire nelle riflessioni di Grozio sulla giustizia *post bellum* i materiali per edificare quella che nella letteratura contemporanea è diventato oggetto privilegiato di tematizzazione – la teoria della *transitional justice*. Nella concezione kantiana del diritto *post bellum* non trova alcuna considerazione l'eventualità che si ricorra a processi per punire i responsabili di violazioni dello *ius in bello*: la soluzione è anche per lui quella del diritto internazionale classico, cioè l'«amnistia». Larry May enuncia invece sei principi normativi dello *ius post bellum*: il principio di ricostruzione, il principio retributivo, il principio di restituzione, il principio delle riparazioni, il principio di riconciliazione, il principio di proporzionalità, e ne ricerca l'originaria formulazione nell'opera groziana<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> L. May, *After War Ends. A Philosophical Perspective*, Cambridge University Press 2012, p. 66. La tradizione della guerra giusta, in particolare per quanto concerne il concetto di *ius post bellum*, viene assunta a guida per orientare la *transitional justice* di oggi (p. 44 ss). Inoltre «the object of war must be a just and lasting peace» (p. 12). Grozio è poi per May il primo a riprendere l'idea aristotelica di *meionexia* per teorizzare lo *ius post bellum*. Cfr. R. Lesaffer, *Alberico Gentili's ius post bellum and Early Modern Peace Treaties*, e A. Blane/B. Kingsbury, *Punishment and the ius post bellum*, in B. Kingsbury/B. Straumann (Eds.), *The Roman Foundations of the Law of Nations: Alberico Gentili and the Justice of Empire*, Oxford University Press 2010, pp. 210-240 e 241-265. E' interessante che persino il *Leviathan* di Hobbes venga interpretato come teoria della giustizia di transizione: D. Dyzenhaus, *Leviathan as a Theory of Transitional Justice*, in M. S. Williams/R. Nagy/J. Elster (Ed.), *Transitional Justice*, New York University Press 2012, pp. 180-217.

<sup>101</sup> G. J. Bass, *Jus post bellum*, "Philosophy and Public Affairs" 32 (2004), pp. 384-412, M. Frank, *Ius post bellum. Überlegungen zum Verhältnis der drei Teile der Theorie des gerechten Krieges*, in R. Forst et al. (Hg.), *Sozialphilosophie und Kritik*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2009, pp. 229-49, F. Rosenfeld, *Die humanitäre Besatzung. Ein Dilemma des ius post bellum*, Nomos, Baden-Baden 2009.

<sup>102</sup> L. May, *After War Ends* cit., pp. 19-23. Ecco, nell'ordine la definizione dei sei principi: «(1) There is an obligation to aid States to rebuild (or build) the capacity to protect human rights»; «(2a) There is an obligation to engage in actions to support institutions that promote the international rule of law, as long as such actions do not jeopardize basic human rights». «(2b) There is an obligation to extradite heads of State to international courts, if valid international indictments and arrest warrants have been issued, for violations of basic human rights, unless there is overwhelming evidence that such extraditions will on balance adversely impact human rights», «(2c) There is an obligation to engage in actions to support a "just" peace, where minimally this involves reasonable compensation to individuals for rights violations»; «(3) There is an obligation for those who have suffered losses to receive restitution in all cases where practically feasible, with the only possible exception being the case where the losses are due to the loss sufferer's own wrongdoing»; «(4) There is an obligation for those who have sustained damages to receive reparation in all cases where practically feasible, with the only possible exception being damage that is due to the loss sufferer's own wrongdoing», (restitution concern return of lost or stolen goods, whereas reparation concerns repair or rectification of goods to the prewar form they were in, when possible); «(5a) There is an obligation to treat those against whom war has been waged as deserving equal basic respect, regardless of which side of the war a person is from», «(5b) There is an obligation to initiate and conduct war in such a way that one does not unduly antagonize the people with whom one will eventually have to reach a peaceful accord»; «(6a) Whatever is required by the application of the other normative principles of *jus post bellum* must not impose more harm on the population of a party to a war than the harm that is alleviated by the

Ricostruzioni a maglie larghe come quella schmittiana non colgono le trasformazioni del diritto internazionale che hanno segnato la vicenda della modernità. Ma anche per quanto concerne il nuovo ordinamento internazionale che s'instaura dopo la seconda guerra mondiale è necessario richiamarne le trasformazioni e le fratture – ormai evidenti all'inizio dell'ultimo decennio del secolo. Questa storia può essere scandita in tre fasi: 1) quella del *peace-keeping* a partire dal conflitto arabo-palestinese 1948, dove va rilevato che tra il 1945 e 1989 si dà un solo caso di *peace-enforcing* con truppe ONU, nel Congo (1961) per l'insurrezione del Katanga, appoggiata da soldati belgi e mercenari internazionali, 2) quella in cui alle misure di mero monitoraggio e di interposizione si sono sostituite misure più pesanti di *peace-enforcing*, che hanno incontrato sempre grandi difficoltà e nel caso della missione “Restore Hope”, in Somalia, sono finite nel disastro, 3) quella in cui, preso atto dei rischi di compromissione della neutralità inerenti a ogni intervento di *peace-enforcing*, il Consiglio di sicurezza ha deciso di appaltare a un'alleanza militare esterna (nella fattispecie la Nato) un intervento militare che la situazione sembrava rendere necessario (la strategia dell'*outsourcing*): così è avvenuto nel 1999 nell'ex-Yugoslavia, poi in Afghanistan, da ultimo in Libia<sup>103</sup>.

Guardando alla costituzione materiale dell'ONU, un altro interprete, ha suggerito una periodizzazione in parte coincidente. In origine, il paradigma della Carta si presentava caratterizzato da tre componenti: 1) un'obbligazione giuridica sancita dal divieto dell'uso della forza (art. 2, 4), con le due eccezioni dell'autodifesa, secondo art. 51, e su autorizzazione dal Consiglio di Sicurezza in base all'art. 53; 2) istituzioni per tradurla in atto (in particolare le disposizioni del capitolo VII della Carta sul potere di investigare e di intervenire del Consiglio di Sicurezza); 3) una gerarchia di valori che forniva il fondamento filosofico di quell'obbligo (il valore preminente era la pace e la sicurezza, prioritario rispetto a quello della giustizia). Col passare del tempo, delineandosi sia il fallimento delle istituzioni sia il mutamento del quadro valoriale, è venuto emergendo il «*post-Charter self-help paradigm*», finché, con la fine della guerra fredda, si sono create le condizioni per un terzo paradigma, definito «*new pro-democratic paradigm*»<sup>104</sup>.

---

application of these other post war principles», «(6b) Whatever is required by the application of the other *jus post bellum* principles must not impose more harm on the peoples of the world than is alleviated by the application of these other post war principles».

<sup>103</sup> D. Janssen, *Menschenrechtsschutz in Krisengebieten. Humanitäre Interventionen nach dem Ende des Kalten Krieges*, Campus, Frankfurt a. M. 2008.

<sup>104</sup> A. Hehir, *The Responsibility to Protect. Rhetoric, Reality and the Future of Humanitarian Intervention*, Palgrave, New York 2012. A. Hehir, *The Responsibility to Protect* cit., p. . Cfr. A. C. Arend/R. J. Beck, *International Law and the Use of Force. Beyond the UN Charter Paradigm*, Routledge, London 1993, M. W. Doyle/N. Sambanis, *Making War and Building Peace. United Nations Peace Operations*, Princeton University Press 2006, U. Petersohn, *Selektives Schutz universaler Menschenrechte. Eine multikausale Erklärung des Interventionsverhaltens von Demokratien*, Nomos, Baden-Baden 2009, E. Schoendorf, *Against the Odds. Successful UN Peace Operations – A Theoretical Argument and Two Cases*, Nomos, Baden-Baden 2011, H. Henninger, *Menschenrechte und Frieden als Rechtsprinzipien des Völkerrechts. Das Handeln der Vereinten Nationen in der Konfliktnachsorge aus der Perspektive einer völkerrechtlichen Prinzipienlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013. Per una storia dottrinale del problema S. Recchia/J. M. Welsh (a cura di), *Just and Unjust Military Intervention. European Thinkers from Vitoria to Mill*, Cambridge University Press 2013.

In riferimento al secondo paradigma, Hehir ha diagnosticato 1) il mutamento della *legal obligation* (si attesta la perdita di effettività dell'art. 2. 4, anche se nessuno stato lo ha apertamente ripudiato: i normativisti sostengono che ha operato comunque esercitando un effetto di contenimento rispetto all'arbitrio statale); 2) il fallimento delle istituzioni previste dalla Carta (il potere di veto del Consiglio di sicurezza, l'incapacità di istituire meccanismi efficaci per l'azione collettiva, la debolezza dell'assemblea generale); 3) l'emergere di una nuova gerarchia di valori (che riporta al centro domande di giustizia e di legittimazione dell'uso della forza per promuovere l'autodeterminazione, per mettere in atto giuste rappresaglie, per correggere ingiustizie passate)<sup>105</sup>.

Con la fine della guerra fredda sembra infine delinearsi un terzo paradigma, 1) con l'insorgere di una nuova obbligazione giuridica, quella a intervenire per spodestare un regime illegittimo; 2) con la rivitalizzazione delle istituzioni internazionali (già il cessate il fuoco tra Iran-Irak nel 1988 ne è un segnale, gli interventi ONU in America centrale, in Cambogia e soprattutto in Irak); 3) con un sostanziale riassetto della gerarchia valoriale: il valore della giustizia era già venuto in precedenza progressivamente soppiantando, anche se in modo conflittuale, quello della pace, ora per la prima volta si intravede la possibilità di un consenso sul giusto tra le nazioni<sup>106</sup>. L'avvento di questo nuovo paradigma può apparire un fatto sorprendente, posto che esso poteva affermarsi solo nella frattura di faglia tra due contrastanti forme di organizzazione del sistema internazionale – mettendo in discussione da un lato il dogma del sistema vestfaliano degli stati, la sovranità, e dall'altro il divieto del ricorso alla guerra posto alla base del sistema delle Nazioni Unite. Proprio questa eccezionale e in sé contraddittoria genesi induce però a non sottovalutarne la vulnerabilità. Due questioni in particolare permangono al suo interno non risolte: quella della liceità dell'azione intrapresa senza autorizzazione del Consiglio di sicurezza, e quella del che cosa fare per rendere più incisivo il processo decisionale del Consiglio di sicurezza<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> A. Hehir, *The Responsibility to Protect* cit., Ma è un fatto che la norma sia stata ripetutamente violata, dagli Usa in Guatemala (1954), nella Repubblica Dominicana (1965), a Granada (1983) e a Panama (1989), da Francia, Gran Bretagna e Israele in Egitto (1956), dall'Urss in Ungheria (1956), con l'invasione della Baia dei Porci (1961), con l'occupazione indiana di Goa (1961), dal Patto di Varsavia in Cecoslovacchia (1968), dagli arabi nel Medio Oriente (1973), dal Nord Vietnam nei confronti del Sud (1960-75), dall'invasione vietnamita della Cambogia (1979), dall'invasione sovietica dell'Afghanistan (1979), dalla Tanzania in Uganda (1979), dall'Argentina nelle Falklands (1982) e infine dagli irakeni in Kuwait (1990).

<sup>106</sup> A. Hehir, *The Responsibility to Protect* cit., pp. 29-56. Va osservato che nel marzo 2013, per la prima volta nei 68 anni di storia dell'ONU, il Consiglio di sicurezza ha introdotto un'ulteriore innovazione, che alcuni osservatori giudicano un altro pericoloso passo sulla china scivolosa di una rilegittimazione dell'uso della forza militare come strumento per risolvere le controversie militari (anche se può essere qui richiamato proprio il caso del ricorso alle armi da parte dell'intervento dei caschi blu nella provincia del Katanga nel 1960, autorizzato dalla risoluzione 143 del Consiglio di Sicurezza): ha deliberato cioè che una vera e propria brigata combattente (di 3.000 uomini – Sudafrica, Tanzania e Malawi) fosse inviata nella Repubblica democratica del Congo a svolgere operazioni offensive mirate, prendendo atto del fatto che una forza multinazionale dell'ONU forte di 20.000 uomini non era riuscita in oltre 10 anni a pacificare quel focolaio di guerra civile e di violazioni massicce dei diritti umani.

<sup>107</sup> A. Hehir, *The Responsibility to Protect* cit., pp. 76-77. Sulla necessità di riforme istituzionali insiste anche J. Pattison, *Humanitarian Intervention and the responsibility to Protect. Who Should Intervene*, Oxford University Press

Il recente dibattito sulla *responsibility to protect* si è comunque retto sugli assunti di questo modello: «1. gli stati concordano sul fatto di avere una responsabilità di proteggere (R2P) i loro cittadini, 2. gli stati concordano sul fatto che R2P scatta solo in relazione a quattro crimini: genocidio, crimini di guerra, pulizia etnica e crimini contro l'umanità, 3. R2P implica un impegno da parte di tutti gli stati a prevenire il verificarsi dei quattro crimini nel loro territorio e nel collaborare con gli altri stati per prevenire l'insorgere di tali crimini, 4. se uno Stato non ottempera gli obblighi sub 1 la comunità internazionale può intraprendere un'azione collettiva, 5. che deve essere sanzionata dal Consiglio di sicurezza, 6. Con l'eccezione dell'istituzione dell'*Office of the Special Adviser on the Problem of Genocide* e dello *Special Adviser on the R2P*, non è prevista la creazione di altri organi delle Nazioni Unite, 7. Disposizioni per un intervento coercitivo del tipo R2P configurano per gli stati membri un mandato politico che non è basato su soglie prestabilite e non prevede automatismi per l'intervento»<sup>108</sup>.

A sostegno del rinnovato attivismo interventistico dell'ONU dopo la fine della guerra fredda è indubbiamente intervenuta la letteratura neo-kantiana (ma di quel neokantismo liberale poco apprezzato dai francofortesi, o almeno dai francofortesi più radicali) sulla vocazione pacifica delle democrazie. In un saggio recente, Wolfgang Merkel ha ridiscusso, antepoendo la registrazione dei fatti alle considerazioni di ordine normativo, le questioni che la letteratura aveva già più volte affrontato a partire dalla rivisitazione operata da Doyle della tradizione kantiana: 1) se le democrazie facciano meno guerre delle autocrazie, 2) se facciano guerra ad altre democrazie, 3) se le guerre fungano, e in che misura, da levatrici delle democrazie, 4) se si sia ridotto con la crescente quantità e qualità delle democrazie anche il numero delle guerre<sup>109</sup>. A partire di qui, si tratta di porre in correlazione l'analisi empirica del nesso tra guerra e processo di democratizzazione con la questione etico-politica della guerra giusta.

Alla prima domanda si deve rispondere di no, almeno se si adotta un concetto sufficientemente esteso di democrazia e si precisa che non sono solo in questione le guerre difensive. Volendo dare di ciò una spiegazione, si può dire che tradizionalmente le democrazie escono vittoriose dai conflitti (per il lungo periodo 1816-1992 il rapporto è 81% a 19%) perché mostrano più prudenza nello scegliere di

---

2010, p. 153 ss. Sui processi decisionali del Consiglio di sicurezza cfr. M. Wolfram, *Entscheidungsprozesse im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Die Mandatierung von Militäreinsätzen*, Nomos, Baden-Baden 2012 e J. Farrall, *Impossible expectations? The UN Security Council's promotion of the rule of law after conflict*, in B. Bowden/H. Charlesworth/J. Farrall (Ed.), *The Role of International Law in Rebuilding Societies after Conflict* cit., pp. 134-156.

<sup>108</sup> A. Hehir, *The Responsibility to Protect* cit, p. 55. Cfr. H. Henninger, *Menschenrechte und Frieden als Rechtsprinzipien des Völkerrechts* cit.

<sup>109</sup> W. Merkel, *Demokratie "durch" Krieg?*, in E. Jesse (Hg.), *1989 und die Perspektiven der Demokratie*, Nomos, Baden-Baden 2011, pp. 65-97. Ma per tutte queste questioni, e per un'ampia mappatura delle diverse posizioni teoriche in ambito politologico, fondamentali M. W. Doyle, *Ways of War and Peace. Realism, Liberalism, and Socialism*, Norton, New York 1997 e A. Panebianco, *Guerrieri democratici. Le democrazie e la politica di potenza*, il Mulino, Bologna 1997, in particolare pp. 83-114.



farsi coinvolgere in conflitti armati, sopportano meno perdite e sono meno inclini a far precipitare le crisi internazionali e a combattere guerre preventive; in tempi recenti la loro disponibilità a impegnarsi in conflitti armati risulta favorita dal dislivello tecnologico, che rende possibile minimizzare i costi umani<sup>110</sup>. Naturalmente ad essere maggiormente inclini a interventi militari sono le democrazie che si trovano nel ruolo di grandi potenze (o sono ex-potenze coloniali, come Francia e Gran Bretagna).

Anche alla seconda domanda si deve, sulla base di una robusta evidenza empirica, rispondere di no. Non è sostenibile la tesi che il carattere pacifico delle democrazie fosse soltanto una risultante dell'equilibrio del terrore. Ne è la prova il fatto che anche dopo il 1991 non ci sono state guerre tra democrazie. Le apparenti eccezioni alle regola riguardano democrazie molto imperfette e regimi ibridi: il Sudafrica contro il Botswana, l'India contro il Pakistan. Il carattere pacifico delle democrazie ha a che fare sia con il fatto che la guerra tra democrazie non si concilia con il loro universo valoriale sia con la presenza di controlli istituzionali e impedimenti procedurali che preservano dal precipitare in un conflitto armato sia ancora con la presenza di quel pluralismo politico che ostacola l'affermarsi di un decisionismo identitario. Ma questo, appunto, vale solo per democrazie ben funzionanti. Le democrazie si comportano di norma come attori legali e come comunità morali. E' poi sicuramente vero che, in circostanze eccezionali, come sostiene Michael Walzer, «le comunità morali rendono moralmente possibili grandi immoralità. Ma lo fanno *soltanto* di fronte ad un'immoralità ben peggiore, come nell'esempio di un attacco di tipo nazista all'esistenza stessa di una specifica comunità, e *soltanto* nel momento in cui questo attacco sta per riuscire, e *soltanto* nella misura in cui la risposta immorale è l'*unico* modo per impedirlo»<sup>111</sup>.

Alla terza domanda si risponde ancora con l'evidenza empirica che dalla sconfitta di regimi dittatoriali (Germania, Giappone, Italia) si *possono* generare democrazie stabili, quando siano date determinate condizioni. E' un fatto poi che entrambe le guerre mondiali abbiano favorito un'espansione delle democrazie. Ma qui non si può generalizzare e occorre guardare alle condizioni sociali e alle tradizioni culturali delle aree in cui si tratta d'instaurare la democrazia. Merkel sottolinea come a) interventi che mirano soltanto a scacciare dittatori dal potere non siano affidabili, perché generano regimi instabili e quindi il rischio di guerre e guerre civili; b) gli interventi debbano essere adeguatamente pianificati, prevedendo un sostegno al nuovo regime fino al momento in cui questo esce dalla zona di rischio di un regime ibrido esposto a tentazioni militari (la dottrina del domino di Paul Wolfowitz non funziona); c) si

---

<sup>110</sup> E. D. Mansfield/J. Snyder, *Electing to Fight. Why Emerging Democracies Go to War*, Cambridge University Press 2005.

<sup>111</sup> M. Walzer, *Etica dell'emergenza*, in Id., *Sulla guerra* cit., pp. 50-51. Sta qui naturalmente in agguato il rischio che si rilasci una cambiale in bianco a un potere arbitrario. Su questo concetto M. Cuono, *Decidere caso per caso. Figure del potere arbitrario*, Marcial Pons, Madrid 2013. Sul punto ancora A. Colombo, *Ingerenza umanitaria, interventismo e guerra dopo il Novecento. Il discutibile trionfo della "guerra giusta"*, in G. Daverio Rocchi (a cura di), *Dalla concordia dei Greci al bellum iustum dei moderni* cit., pp. 200-218.

debba tener presente che in un contesto regionale ostile le democrazie possono sì eccezionalmente sopravvivere, ma la probabilità che non si stabilizzino è sempre alta. Dopo l'intervento, i rischi nell'area possono aumentare e la necessità di interventi ulteriori riproporsi<sup>112</sup>. Le tre esperienze della Bosnia, Afghanistan e Irak (soprattutto di questi due ultimi paesi) non sono sotto questo profilo incoraggianti (e nemmeno sotto quello dello Stato di diritto)<sup>113</sup>.

Di un mondo complessivamente più democratico si può dunque soltanto parlare quando si sia andati oltre l'avvio di un processo di democratizzazione e si sia conseguita anche la «stabilizzazione della democrazia». Ma da questo non consegue un'indicazione normativa. «Solo sulla base della vaga assunzione statistica che con l'aumento di democrazie consolidate diminuisce anche la violenza bellica non si lascia naturalmente legittimare, in mancanza di altri motivi di guerra, alcuna “guerra d'aggressione democratica” contro qualsivoglia dittatura»<sup>114</sup>. Merkel fonda il diritto d'intervento sul principio del soccorso a fini di legittima difesa (*Nothilfe*). Al pari di Kersting, ritiene che gli interventi possano essere giustificati solo a partire da una flagrante violazione del nucleo dei diritti umani che chiama *negativi* o di difesa, contrapponendoli ai *positivi*, che sono diritti di partecipazione, cui non può essere attribuito lo stesso peso. Solo a questi diritti si può conferire priorità rispetto al bene giuridico della sovranità<sup>115</sup>. Il problema è poi la definizione non solo qualitativa ma anche quantitativa di «gravi violazioni dei diritti umani». Basta quanto è accaduto nel Kosovo o bisogna arrivare alla liquidazione di 400.000 irakeni da parte di Saddam oppure al genocidio di tipo ruandese? Una risposta plausibile è che la soglia sia raggiunta quando uno stato si trasforma da *protector* a *hostis populi*, ma di nuovo è difficile concretizzare.

Alla luce di tutte queste considerazioni si deve sostenere che l'intervento per la democrazia può legittimarsi esclusivamente nel quadro di un intervento umanitario a tutela di popolazioni esistenzialmente minacciate. Solo l'obiettivo di scongiurare ulteriori massacri o il ripetersi di una guerra d'aggressione possono valere come fattori di legittimazione di quello che con Merkel possiamo definire un «protettorato della democratizzazione»<sup>116</sup>. In questo caso, e solo in questo caso, non si può fare un feticcio dell'autorizzazione del Consiglio di sicurezza, dal momento che è sempre possibile (e di norma è così accaduto) che qualche membro permanente eserciti il suo diritto di veto che può essere esercitato in base a considerazioni meramente egoistiche. Anche una coalizione di volenterosi può dunque essere legittimata

---

<sup>112</sup> Cfr. J. Farrall, *Impossible expectations?* cit., D. Philpott, *Just and Unjust Peace. An Ethic of Political Reconciliation*, Oxford University Press 2012.

<sup>113</sup> Per un bilancio realistico dell'interventismo umanitario sotto il profilo civile J. Zeh, *Die Diktatur der Demokraten. Warum ohne Recht kein Staat zu machen ist*, edition Körber-Stiftung, Hamburg 2012 e T. G. Weiss, *Humanitarian Business*, Polity Press, Cambridge 2013.

<sup>114</sup> W. Merkel, *Demokratie "durch" Krieg?* cit., pp. 75-76.

<sup>115</sup> W. Merkel, *Demokratie "durch" Krieg?* cit., pp. 79-80 Cfr. W. Kersting, *Bewaffnete Intervention als Menschenrechtsschutz?* cit., pp. 211-13.

<sup>116</sup> Cfr. F. Ehm, *Das völkerrechtliche Demokratiegebot. Eine Untersuchung zur schwindenden Wertneutralität des Völkerrechts gegenüber den staatlichen Binnenstrukturen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.

normativamente (per converso, sono i critici delle crociate democratiche che hanno l'onere di spiegare in base a quale argomento si debba rinunciare a proteggere popolazioni minacciate da eccidi). Ma sostenere la legittimità di un intervento umanitario non vuol dire ancora affermare la sua doverosità. Si dà un tale dovere? E se si dà, non implica particolari doveri non solo nella conduzione dell'operazione militare, ma anche dopo la sua conclusione? E se sì, è una tale posizione anche capace di consenso?<sup>117</sup>.

La riproposta contemporanea della teoria della guerra giusta fonda, come abbiamo visto, il diritto morale all'intervento armato a) sull'occorrenza di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani. Nella misura in cui questa teoria include anche il momento dello *ius post bellum*, si devono però dare due ulteriori ragioni per legittimare l'intervento: b) una fondata aspettativa di successo e c) la disponibilità a rimanere nel paese in cui si è intervenuti fin quando lo stato di diritto e un ordinamento democratico non siano stati instaurati. L'etica della responsabilità deve qui dar prova della sua effettiva capacità di prevedere le conseguenze, tenendo conto del fatto che le opinioni pubbliche democratiche sono timorose, sensibili ai costi, incapaci di sopportare vittime fra i propri soldati. L'etica dell'intervento umanitario è invece molto esigente sotto questo profilo, pretende dalle società democratiche generosità, perseveranza e stoicismo<sup>118</sup>.

S'insiste poi sulla connessione normativamente e logicamente indissolubile tra *ius ad bellum* e *ius post bellum* per la guerra umanitaria. Solo se segue la costruzione della democrazia l'intervento risulta legittimo<sup>119</sup>. L'instaurazione di un regime ibrido non è sufficiente. Per Rawls, Walzer e la maggioranza degli interpreti, le potenze occupanti dovrebbero comunque ritirarsi il più presto possibile per rispettare il diritto all'autodeterminazione dei popoli. Ma il fatto è che nelle situazioni in cui si rende necessario un intervento non c'è *un* popolo, ma gruppi etnici e religiosi contrapposti, dunque solo frammenti di un popolo, fieramente ostili tra loro e che in assenza di una potenza occupante tendono a precipitare in una guerra civile. A militare contro l'intervento sono pertanto sempre di più ragioni di ordine pragmatico: a) la difficoltà di definire una strategia d'uscita prima d'intervenire (il ritiro delle forze occupanti, in

---

<sup>117</sup> W. Merkel, *Demokratie "durch" Krieg?* cit., pp. 81, 85 e 87. Cfr. M. Pape, *Die humanitäre Intervention. Zur Bedeutung der Menschenrechte in den Vereinten Nationen*, Nomos, Baden-Baden 1997, H. Münkler/K. Malowitz (a cura di), *Humanitäre Intervention. Ein Instrument aussenpolitischer Konfliktbearbeitung. Grundlagen und Diskussion*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2008, S. Grimm, *Erzwungene Demokratie. Politische Neuordnung nach militärischer Intervention unter externer Aufsicht*, Nomos, Baden-Baden 2009, R. Paris/T. S. Sisk (Eds.), *The Dilemmas of Statebuilding. Confronting the Contradictions of Postwar Peace Operations*, Routledge, London 2009, J. Zeh, *Die Diktatur der Demokraten. Warum ohne Recht kein Staat zu machen ist*, edition Körber-Stiftung, Hamburg 2012.

<sup>118</sup> W. Merkel, *Demokratie "durch" Krieg?* cit., p. 87. Pertanto, ad es., C. Tomuschat, *Humanitäre Intervention – ein trojanisches Pferd?*, in H. Münkler/K. Malowitz (Hg.), *Humanitäre Intervention: Ein Instrument außenpolitischer Konfliktbearbeitung. Grundlagen und Diskussion*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2004, pp. 65-88, sostiene che è difficile optare per un sì o per un no, gli argomenti pro e contra sono molti e rilevanti, la situazione giuridica è perennemente in movimento. Cfr. D. Janssen, *Menschenrechtsschutz in Krisengebieten. Humanitäre Interventionen nach dem Ende des Kalten Krieges*, Campus, Frankfurt a. M. 2008, B. Bowden/H. Charlesworth/J. Farrall (Ed.), *The Role of International Law in Rebuilding Societies after Conflict*, Cambridge University Press 2009.

<sup>119</sup> W. Merkel, *Demokratie "durch" Krieg?* cit., p. 89.

seguito al quale si può misurare come l'intervento abbia mutato i rapporti di forza tra i contendenti interni, è sempre un problema cruciale)<sup>120</sup>; b) la difficoltà a programmare nel dettaglio e a impegnarsi nella ricostruzione<sup>121</sup>.

Il criterio delle prospettive di successo dell'intervento, se adottato in modo esigente, fa gioco a pacifisti e realisti in egual misura. La rinuncia all'intervento non è comunque segno di una morale superiore ma, come rileva Höffe, «ammissione di scarsa capacità o espressione di mancante volontà»<sup>122</sup>. Anche Habermas non può fare a meno di registrare la debolezza della volontà di ricostruire. «Le potenze che intervengono non hanno ancora dimostrato in nessun caso di impiegare l'energia e la perseveranza necessarie allo *state-building*, cioè alla ricostruzione delle infrastrutture distrutte o rovinare nei territori pacificati»<sup>123</sup>. Il fatto è che, se agevole può risultare in circostanze eccezionali mobilitare l'indignazione di opinioni pubbliche transnazionali davanti a crimini internazionali di enorme gravità, ben più difficile è mantenere alto il sostegno per missioni internazionali quando è ormai principalmente in gioco la lotta quotidiana contro la corruzione.

Il compito della ricostruzione è sempre immane: riguarda non solo il monopolio del potere coercitivo statale ma la nazione e la società civile. Il caso irakeno è sotto questo profilo esemplare: l'intervento era legittimato dai 400.000 morti fatti da Saddam nel corso delle repressioni interne a danno di Kurdi, Sciiti e oppositori politici, ma compromesso dalle falsificazioni sulle armi nucleari: per questo lo *ius ad bellum* è rimasto controverso, lo *ius in bello* è stato violato dalla forma assunta dai bombardamenti, lo *ius post bellum* è stato compromesso da tanti errori. In considerazione del fatto che l'Irak è un paese profondamente diviso, un ritiro precoce della coalizione sarebbe stata «una violazione flagrante dei doveri postbellici delle potenze vincitrici». E tuttavia: «Per garantire il successo democratico e umanitario all'alleanza interventista sarebbe stato necessario che gli Stati Uniti non avessero imposto la loro volontà e che i (la più parte dei) paesi europei non fossero rimasti

---

<sup>120</sup> M. Walzer, *La politica del salvataggio* cit., p. 71: «è raro che le strategie di uscita possano essere elaborate in anticipo, e un impegno pubblico all'uscita entro un certo momento darebbe alle forze ostili un forte incentivo a tenere un basso profilo e aspettare».

<sup>121</sup> Il bilancio delle principali esperienze ora in un volume curato da Richard Caplan. Difficile è la generalizzazione, ma intanto dati della Banca mondiale ci dicono che «developing countries generally need more than a decade – and more often as long as fifteen to thirty years – just to reach a level of “good enough” governance»: R. Caplan, *Policy Implications*, in Id. (Ed.), *Exit Strategies and State Building*, Oxford University Press 2012, p. 313. Anche l'*exit strategy*, come l'intervento, non va concepita come un evento singolo ma come un processo, in cui le diverse componenti della forza d'intervento escono con tempi diversi e in modo scalare. Il successo di una *exit strategy* si misura nel consolidamento della pace. Come osserva J. Darwin nel capitolo *Exit and Colonial Administrations* (21 ss), «the hallmark of most colonial exits was haste and improvisation». Affrettare i tempi non è di norma una buona soluzione, come mostrano East Timor e Irak, ma tempi rallentati non sono necessariamente la soluzione.

<sup>122</sup> O. Höffe, *Humanitäre Intervention? Rechtsethische Überlegungen*, in R. Merkel (Hg.), *Der Kosovo-Krieg* cit., p. 169.

<sup>123</sup> J. Habermas, *Il concetto di dignità umana e l'utopia realistica dei diritti dell'uomo*, in Id., *Questa Europa è in crisi* cit., p. 28.

comodamente a guardare». E si sarebbero dovuti convincere gli Stati arabi a partecipare alla ricostruzione<sup>124</sup>.

Tutti i tentativi di *State-building* conseguenti a interventi militari volti a favorire il radicamento della democrazia hanno dato esiti piuttosto sconsolanti<sup>125</sup>. In una recente monografia sul caso afgano, Martin Kipping muove dall'assunzione che l'esito dipenda intanto da due precondizioni, l'esistenza di un minimo di stabilità e controllo nei diversi ambiti della costruzione statale e una definizione coerente dei fini degli attori coinvolti<sup>126</sup>. Comune a tutte le missioni è il fatto che per il consolidamento della pace si è perseguita una strategia di rapida democratizzazione e liberalizzazione (nel senso wilsoniano): obiettivo condivisibile, ma la cui forzata accelerazione ha conseguenze destabilizzanti, nella misura in cui contravviene al duplice imperativo di *Security first* e *Institutionalization first*. Occorre prima consolidare l'apparato istituzionale sotto il profilo dell'efficienza. Altri autori propongono la sequenza: 1) sicurezza, 2) aiuto umanitario, 3) *governance*, incluso *rule of law*, 4) stabilizzazione economica, 5) democratizzazione, 6) sviluppo<sup>127</sup>. Per avere successo, gli attori internazionali devono in ogni caso prendere congedo dall'idea che stati sconvolti dalla guerra si lascino rapidamente ricostituire.

Lo scenario più rischioso è costituito dalle guerre civili, che senza dubbio, oltre a comportare alti rischi per il sistema internazionale, offrono ripetute occasioni di crimini contro l'umanità. La letteratura sugli interventi internazionali nelle guerre civili sostiene che gli attori esterni possono svolgere due ruoli – quello di favorire i negoziati di pace o quello di far vincere una parte: in entrambi i casi dovrebbero accorciare il conflitto. Più plausibile appare però sostenere che interventi internazionali in guerre civili prolungano i conflitti piuttosto che abbreviarli e questo perché gli attori esterni finiscono per perseguire obiettivi che non coincidono con quelli dei belligeranti (esemplare sotto questo profilo la vicenda della Repubblica

---

<sup>124</sup> W. Merkel, *Demokratie "durch" Krieg?* cit., pp. 90-92. P. G. Danchin, *International law, human rights and the transformative occupation of Iraq*, in B. Bowden/H. Charlesworth/J. Farrall (Ed.), *The Role of International Law in Rebuilding Societies after Conflict* cit., pp. 64-89. Sull'Afghanistan W. Maley, *Democracy and legitimization: Challenges in the reconstitution of political processes in Afghanistan*, ivi, pp. 111-133, sulla regione africana dei Grandi laghi P. Clark, *Grappling in the Great Lakes: The challenges of international justice in Rwanda, the Democratic Republic of Congo and Uganda*, ivi, pp. 244-269.

<sup>125</sup> Qui si tratta di fare i conti con gli *spoilers*, coloro che bloccano il processo, rispetto ai quali ci sono tre strategie: cooptazione, criminalizzazione e benevola negligenza. Cfr. J. Krause/Ch. King Mallory IV (Eds.), *International State Building and Reconstruction Efforts. Experience Gained and Lessons Learned*, Budrich, Opladen 2010.

<sup>126</sup> M. Kipping, *State-Building. Erfolg und Scheitern in Afghanistan*, Nomos, Baden-Baden 2011, p. 207 ss. Naturalmente queste precondizioni sono variamente presenti nei diversi settori in cui si esercita l'azione di *State-building*: nel settore della sicurezza è risultata più facile l'edificazione dei servizi segreti che non quella dell'esercito, nel settore fiscale imporre l'aumento delle accise doganali rispetto all'introduzione di una politica fiscale di lungo periodo. Senza quelle precondizioni massicci finanziamenti a sostegno della democratizzazione restano senza esito. L'interesse di questo lavoro consiste nel fatto che vengono comparati i due susseguenti processi di *State-building* in Afghanistan, quello sovietico e quello conseguente all'intervento americano. Cfr. anche G. Hayes/M. Sedra (Eds.), *Afghanistan. Transition under Threat*, Winfried Laurier University Press, Waterloo 2007.

<sup>127</sup> M. Kipping, *State-Building* cit., p. 43.

Democratica del Congo tra il 1996 e il 2002)<sup>128</sup>. Per risolvere i problemi è necessario che gli attori esterni dispongano di conoscenze adeguate della società in cui intervengono, in modo da poter efficacemente contrastare l'attività dei *veto players* che lavorano per sabotare la pace.

In un recente intervento Wolfgang Merkel è intervenuto criticamente sulla drammatica crisi siriana («un tipico caso in cui ogni forma di interventismo democratico è destinato a fallire»), sostenendo che l'esempio più immorale dell'interventismo democratico è fornito proprio dall'appoggio esterno a movimenti o fazioni che tentano di abbattere un regime autoritario: non solo perché si lascia il lavoro sporco, il compito di uccidere e il rischio di essere uccisi, agli altri, ma anche perché così facendo si contribuisce a scatenare la guerra civile, hobbesianamente la più terribile delle guerre. La tesi è che non sussiste per la popolazione esposta al rischio di guerra civile a causa di opposti estremismi (di *incumbents* e di *insurgents*) un obbligo di sacrificio solidale, vale a dire l'obbligo di veder messa a repentaglio la propria incolumità per contrastare con altra violenza la violenza di crimini politici: solo in una situazione di emergenza generata da aperta aggressione nei confronti di minoranze o ancor più di ampi settori della popolazione può essere legittimo costringere a un sacrificio solidale. Ma dove si colloca, ancora una volta, la soglia che permette di distinguere l'una situazione dall'altra? La risposta di Merkel è che la soglia può essere varcata solo in situazioni estreme di *genozidale Terrorherrschaft*, cioè in casi di macrocriminalità politica, di un potere organizzato esercitato terroristicamente contro la popolazione civile<sup>129</sup>.

## 6. *Il nemico ingiusto, oggi: il terrorista come combattente illegittimo*

Uno dei capisaldi del diritto internazionale nell'età dello *ius publicum europaeum* era costituito dalla distinzione tra *iustus hostis* e *inimicus humani generis*: questa categoria comprendeva quei soggetti non legittimati a dichiarare, condurre e concludere una guerra secondo criteri formalmente stabiliti e riconosciuti, e insieme recalcitranti a sottomettersi alle norme di giustizia sia del diritto naturale sia del diritto consensuale: nella sostanza, banditi e pirati. Soggetti che non potevano essere considerati *iusti hostes*, perché non erano titolari di *iura belli*, e contro i quali si poteva combattere senza che si dovessero osservare le regole di guerra del diritto internazionale. La pirateria e il brigantaggio definivano attività che escludevano che si potesse instaurare una condizione di *aequalitas* tra le parti belligeranti<sup>130</sup>.

<sup>128</sup> D. E. Cunningham, *Barriers to Peace in Civil War*, Cambridge University Press 2011, p. 252. Cfr. U. Schneckener, *Auswege aus dem Bürgerkrieg*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2002, R. Paris, *At War's End: Building Peace after Civil Conflict*, Cambridge University Press 2005.

<sup>129</sup> W. Merkel, *Der Westen ist schuldig*, in «Frankfurter Allgemeine Zeitung», 1. 8. 2013, p. 28. Cfr. N. J. Mitchell, *Agents of Atrocity. Leaders, Followers, and the Violation of Human Rights in Civil War*, Palgrave Macmillan, New York 2004, S. N. Kalyvas, *The Logic of Violence in Civil War*, Cambridge University Press 2006.

<sup>130</sup> R. Tuck, *The Rights of War and Peace. Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Oxford University Press 1999, F. Ruschi, *Hostis humani generis. Per un'antropologia giuridica del pirata*, G. Palmisano, *Nemici 'privati' e nemici 'pubblici' nella società degli Stati: riflessioni sul trattamento del nemico dal punto di vista del*

La categoria del «nemico ingiusto» è tornata ora, con il tramonto della concezione classica della guerra e con il proliferare delle guerre civili e delle guerre asimmetriche, a incombere sulla riflessione internazionalistica contemporanea<sup>131</sup>. Il nemico ingiusto continua a essere colui che non solo viola le procedure formali della guerra ma agisce in aperta contraddizione rispetto ai principi su cui è fondato tanto il diritto internazionale classico quanto l'ordinamento giuridico sancito dalla Carta dell'ONU. Anche se all'espressione molti autori preferiscono non fare ricorso, è un fatto che l'immaginario dei belligeranti di queste guerre sia dominato dalla convinzione di ciascuno degli attori d'aver a che fare con un nemico ingiusto: gli *insurgents* – che si presentano come rivoluzionari o partigiani o combattenti per l'autodeterminazione di un popolo – vedono nel nemico una potenza coloniale o paracoloniale prevaricatrice e illegittima, che fa uso di tecnologie militari disumanizzanti<sup>132</sup>; gli *incumbents* a loro volta vedono in quei soggetti rivoluzionari nient'altro che terroristi, combattenti che compensano la loro debolezza militare e la mancanza di sostegno popolare con il ricorso a forme di lotta che violano sistematicamente le norme del diritto internazionale umanitario<sup>133</sup>.

Questa evoluzione è stata favorita dal fatto che la stragrande maggioranza delle guerre che si sono combattute nel mondo dalla fine della seconda guerra mondiale è stata caratterizzata dall'essere conflitti civili e/o postcoloniali. In queste condizioni le grandi potenze, le potenze ex-coloniali e i regimi autoritari della più diversa composizione si sono attrezzati ideologicamente e militarmente a combattere un nemico considerato particolarmente insidioso. La *counterinsurgency strategy* si è legittimata come forma di lotta contro un nemico ingiusto – il sovversivo, ingiusto perché mina le basi della convivenza ordinata e civile e adotta metodi terroristici di lotta e perché dissimula la sua presenza nascondendosi tra la popolazione civile di cui si fa scudo; il partigiano, che pretende legittimità in virtù del «carattere politico intensivo» del suo impegno per l'autodeterminazione, sperimenta d'altra parte sulla sua pelle la dialettica che trasforma l'*irregolarità* in *illegalità*<sup>134</sup>. Ne danno conto opere come *La guerre moderne* (1961) di Roger Trinquier, maturata sull'esperienza delle guerre anticoloniali d'Indocina e d'Algeria, o la *Theorie des Partisanen* (1963) di Carl Schmitt, che nella sua ricostruzione spazia dalle guerre napoleoniche alla

---

*diritto internazionale*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38 (2009), rispettivamente pp. 1215-76 e 1621-95.

<sup>131</sup> H. Münkler, *Die neuen Kriege*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg 2002, S. N. Kalyvas, *The Logic of Violence in Civil War*, Cambridge University Press 2006, S. Costalli, *Battaglie senza regole: le guerre civili*, in M. Di Giovanni et al. (a cura di), *Le regole della battaglia*, Morlacchi, Perugia 2013, pp. 55-74.

<sup>132</sup> W. R. Polk, *Aufstand. Widerstand gegen Fremdherrschaft: vom Amerikanischen Unabhängigkeitskrieg bis zum Irak*, Hamburger Edition 2009.

<sup>133</sup> Cfr. N. Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino 2006, R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino 2008.

<sup>134</sup> C. Schmitt, *Teoria del partigiano. Note complementari al concetto del politico*, il Saggiatore, Milano 1981, p. 10 e 67.

rivoluzione di Mao e alla guerrilla latinoamericana, o la saggistica maturata sull'esperienza della guerra in Vietnam<sup>135</sup>.

La questione del nemico ingiusto è tornata d'attualità con l'emergenza terrorismo internazionale nel mondo post-bipolare, in particolare dopo gli attentati terroristi dell'11 settembre 2001 a New York, dell'11 marzo 2004 a Madrid, del 7 e 21 luglio 2005 a Londra, del 30 giugno 2007 a Glasgow (per limitarsi a eventi che hanno colpito le società occidentali, ch  troppo lungo sarebbe l'elenco degli attentati che in questi anni hanno insanguinato il resto del mondo e le sue aree non pacificate). E' evidente che con questa fase   ormai intervenuta una svolta: negli anni '80 erano gli Stati a essere ritenuti responsabili di atti terroristici, ora ad agire da nemici sono gruppi privati, organizzazioni che godono della connivenza di Stati ma che da questi non dipendono direttamente e anzi sono spesso capaci di negoziare modalit  di lotta intraprese sulla base di convergenti interessi. Alcuni studiosi parlano di una terza generazione del terrorismo: la prima si manifestava in conflitti regionali, la seconda ha spostato sul piano globale il perseguimento di obiettivi regionali (l'attacco alle Olimpiadi di Monaco del 1972), la terza prescinde ormai dalla territorializzazione del conflitto (il primo atto di questa generazione di terrorismo   l'attentato al *World Trade Center* del 26 febbraio 1993)<sup>136</sup>. Questa evoluzione   ben evidente nelle trasformazioni di Al Qaeda, dalla lotta contro l'occupazione sovietica in Afghanistan negli anni '80 alla lotta contro i crociati stanziati nell'Arabia Saudita negli anni '90 (attentati alle ambasciate americane di Daressalam e Nairobi 1998) alle Torri Gemelle. Ora l'organizzazione (mutando da struttura verticale a galassia orizzontale)   diventata una centrale ideologica che lascia la pianificazione e l'organizzazione degli attentati a gruppi locali che ne condividono i fini: *homegrown terrorists* che agiscono di propria iniziativa.

In un saggio scritto a ridosso dell'attentato alle Torri Gemelle Walzer ha posto le domande essenziali: «1. Che cos'  il terrorismo? 2. In che modo dovremmo spiegarlo? 3. In che modo viene difeso e giustificato? 4. Come dovremmo rispondere? 5. Quali sono i segni di una risposta efficace?». La risposta alla prima domanda   relativamente agevole: il terrorismo   «l'attivit  di una piccola élite di militanti, che dichiara di rappresentare "il popolo" ma che agisce in sua assenza»<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Cfr. R. Trinquier, *La guerre moderne* (1961), trad. inglese *Modern Warfare. A French View of Insurgency*, New York 2006, C. Schmitt, *Teoria del partigiano* cit., H. Münkler (Hg.), *Der Partisan. Theorie, Strategie, Gestalt*, Westdeutscher Verlag, Darmstadt 1990, D. W. Hamilton, *The Art of Insurgency. American Military Policy and the Failure of Strategy in Southeast Asia*, Westpot (Conn.) 1998, C. K. Ives, *US Special Forces and Counterinsurgency in Vietnam. Military Innovation and Institutional Failure, 1961-1963*, London 2006.

<sup>136</sup> Cfr. L. Quadrella, *Il nuovo terrorismo internazionale come crimine contro l'umanità*, Esi, Napoli 2006, T. Bruha, *Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September 2001*, «Archiv des Völkerrechts» 40 (2002), pp. 383-421, M. Kotzur, «Krieg gegen den Terrorismus» – politische Rhetorik oder neue Konturen des „Kriegsbegriffs“ im Völkerrecht?, «Archiv des Völkerrechts» 40 (2002), pp. 454-79. Habermas, nell'intervista pubblicata in G. Borradori, *Filosofia del terrore. Dialoghi con Jürgen Habermas e Jacques Derrida*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 39, sottolinea come il terrorismo globale estremizzi due aspetti: «l'assenza di obiettivi realistici e il cinico sfruttamento della vulnerabilit  dei sistemi complessi».

<sup>137</sup> M. Walzer, *Dopo l'11 settembre: cinque domande sul terrorismo* (2002), in M. Walzer, *Sulla guerra* cit., p. 128 e 132.



Per la definizione di questo fenomeno emergenziale della globalizzazione è del resto sufficiente l'identificazione di quattro componenti: impiego di armamenti militari, rilevanza dell'atto violento, uno stato come obiettivo, imputabilità dell'attacco a uno stato<sup>138</sup>. Assai più complicato è fornire risposte alle altre questioni – risposte che nel contesto delle democrazie pluralistiche possano essere condivise. E ciò già a partire dal fatto che esse vengono a configurarsi in modo diverso a seconda che l'azione armata di contrasto sia rivolta solo contro i gangli di una rete terroristica transnazionale o anche contro lo stato (gli stati) che li ospitano<sup>139</sup>. Per la terza generazione di terrorismo mancano i presupposti per imputare allo stato che li ospita attentati opera di attori privati<sup>140</sup>.

Qui rileva osservare che Walzer suggerisce di affrontare la sfida del terrorismo in «termini analoghi a quelli dell'intervento umanitario». Il nostro impegno a combatterlo dovrebbe essere «indistinto» come nel caso della guerra al genocidio e alla pulizia etnica. Al pari delle guerre umanitarie, volte a portare soccorso a popolazioni esistenzialmente minacciate, la lotta al terrorismo può essere affrontata entro un quadro normativo dedotto dai principi che definiscono la guerra giusta. Sul caso paradigmatico di guerra al terrorismo Walzer è perentorio: «la guerra in Afghanistan è certamente una guerra giusta»<sup>141</sup>. Nella strategia della guerra al terrore, i membri delle organizzazioni terroristiche sono qualificati «combattenti illegali» o «combattenti nemici illegittimi», dal che discende la legittimità di un duplice trattamento: da un lato la «possibilità di uccidere il combattente nemico illegittimo in qualsiasi momento, anche se non sta partecipando direttamente alle ostilità»; dall'altro, la «possibilità di realizzare un internamento senza limiti di tempo,

<sup>138</sup> M. F. Höfer, *Gezielte Tötungen. Terrorismusbekämpfung und die neuen Feinde der Menschheit*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, p. 20 ss. L'elemento di solito problematico, fra i quattro, è il quarto. Habermas, nell'intervista concessa a Giovanna Borradori (op. cit., p. 33), mette bene in luce la differenza tra il partigiano e il terrorista globale: «Anche i partigiani combattono spesso in piccole unità decentralizzate che decidono autonomamente. Anche nel caso dei partigiani manca una concentrazione di forze armate o un centro organizzativo che si offra come obiettivo naturale di un attacco. Ciononostante i partigiani combattono su un territorio conosciuto, con finalità dichiarate, per la conquista del potere. Questo li distingue dai terroristi sparsi in tutto il mondo, collegati con metodi da servizi segreti, di cui si può riconoscere tutt'al più la motivazione fondamentalista, ma che non perseguono un programma che vada oltre la distruzione e la produzione di insicurezza».

<sup>139</sup> R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale* cit., p. 207, distingue opportunamente tra due modelli, che chiama rispettivamente «modello Afghanistan» e «modello Yemen»: nel primo si dà «un conflitto armato internazionale nei confronti dello Stato che ospita le basi terroristiche, con la conseguenza che, una volta ingaggiato il conflitto, lo Stato che ha risposto all'attacco terroristico finisce per portare avanti due conflitti differenti: uno per l'appunto internazionale, nei confronti dello Stato ospitante le basi, ed uno nei confronti della stessa organizzazione criminale»; nel secondo si dà invece la possibilità che «senza ingaggiare direttamente un conflitto nei confronti dello Stato ospitante, si vadano a compiere attacchi armati contro i terroristi che si trovano all'interno di un territorio che è sotto la sovranità territoriale di un altro Stato».

<sup>140</sup> M. F. Höfer, *Gezielte Tötungen* cit., pp. 86-87.

<sup>141</sup> M. Walzer, *Dopo l'11 settembre: cinque domande sul terrorismo* cit., p. 135. Anche J. Habermas, *Fondamentalismo e terrore*, in G. Borradori, *Filosofia del terrore* cit., p. 31, riconosce che «c'erano buone ragioni, anche di ordine normativo, per abbattere con la forza il regime dei talebani che opprimeva brutalmente non solo le donne, ma tutta la popolazione, e ha respinto la legittima richiesta di estradare Bin Laden». Ma poi precisa: «Anche se il termine "guerra" è meno equivoco e, da un punto di vistaale, meno discutibile di "crociata", ritengo che la decisione di Bush di dichiarare guerra al terrorismo siatato un grave errore, sia dal punto di vista normativo che da quello pragmatico. Sul piano normativo ha riconosciuto a questi criminali la dignità di nemici di guerra, e su quello pragmatico, non si può condurre una guerra contro una "rete", contro un'entità quasi impalpabile, almeno se vogliamo che la parola "guerra" continui ad avere un significato preciso» (p. 40).

risultando pressoché impossibile determinare con precisione la fine delle ostilità»<sup>142</sup>. Non essendo protetto dalle norme sui conflitti armati delle Convenzioni di Ginevra, al combattente o belligerante illegittimo non viene accordato il trattamento di prigioniero di guerra. La lotta globale contro il terrorismo non si lascia catturare nelle maglie del diritto internazionale umanitario<sup>143</sup>. La guerra «è utilizzata come uno strumento per combattere un fenomeno meramente criminale, vale a dire un'organizzazione in quanto tale che si trova all'estero a prescindere dall'esercizio di una propria e autonoma sovranità su un determinato territorio»<sup>144</sup>.

Intensamente dibattuta nondimeno è stata nel corso degli ultimi anni la questione della legittimità della guerra al terrorismo<sup>145</sup>. Anche in questo caso gli interpreti non possono fare a meno di ricorrere al paradigma della guerra giusta, riproponendo le consuete questioni relative allo *ius ad bellum* e allo *ius in bello*. Quanto alla prima, Martin Felix Höfer ravvisa la legittimità dell'autodifesa preventiva nell'esistenza dei seguenti presupposti: «a) un attacco armato è imminente, b) sussiste l'impellente necessità di scongiurarlo, c) non è dato ravvisare un'alternativa a questo atto di autodifesa, d) l'azione di autodifesa viene limitata alle misure strettamente necessarie a scongiurare l'attacco»<sup>146</sup>. Date queste premesse, diventa legittimo intervenire militarmente su civili (quali indubbiamente i terroristi sono), dal momento che i civili possono essere attaccanti illegittimi o istigatori organizzati di guerre ingiuste o corresponsabili di azioni di guerra illegittime. Se non è vero infatti che tutti i soldati rappresentino una minaccia, altrettanto falso è che nessun civile possa rappresentarla. McMahan sostiene che vi sono casi in cui la responsabilità dei civili per aggressioni che assumono la forma di espulsioni, deportazioni e appropriazioni illecite può ben raggiungere livelli che moralmente esigono una risposta punitiva, anche se occorre sempre distinguere tra regimi totalitari e democratici. Nella lotta contro la terza generazione del terrorismo. Lo scenario della *gezielte Tötung* non configura un conflitto internazionale<sup>147</sup>. «» Indubbiamente le uccisioni mirate contrastano con il divieto della violenza dell'art. 2, 4 della Carta, ma anche in riferimento ad esse il fondamento dell'autorizzazione si trova nell'art. 51, che configura un'eccezione in caso di aggressione armata. Gli Usa iniziano le uccisioni mirate con i droni nello Yemen nel 2002, poi ne fanno ampio uso in Pakistan, dal 2004, e in Somalia dal 2007.

---

<sup>142</sup> R. Bartoli, *Lotta al terrorismo* cit., p. 209.

<sup>143</sup> M. F. Höfer, *Gezielte Tötungen* cit., p. 231.

<sup>144</sup> R. Bartoli, *Lotta al terrorismo* cit., p. 57. La conseguenza di questo anomalo impiego della guerra consiste nel fatto che «gli appartenenti alla organizzazione criminale non vengono definiti né combattenti legittimi (e quindi, se catturati, non sono trattati come prigionieri di guerra), perché appartengono a una organizzazione terroristica criminale; né vengono qualificati come persone protette, rifiutandosi così di applicare loro il trattamento dei civili in tempo di guerra, nonostante la presenza di un conflitto bellico; né infine come ribelli, ai quali si applicano le garanzie previste dall'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra» (pp. 57-58).

<sup>145</sup> M. F. Höfer, *Gezielte Tötungen* cit., p. 148. Un dettagliato bilancio dei problemi in C. Finkenstein/J. D. Ohlin/A. Altman, *Targeted Killings. Law and Morality in an Asymmetrical World*, Oxford University Press 2012, che contiene K. H. Govern, *Operation Neptune Spear: Was Killing Bin Laden a Legitimate Military Objective?*, pp. 347-73, secondo il quale la quantità di *target killing* è molto aumentata sotto Obama (p. 366ss).

<sup>146</sup> M. F. Höfer, *Gezielte Tötungen* cit., p. 33. Cfr. J. McMahan, *Killing in War*, Oxford University Press 2009.

<sup>147</sup> M. F. Höfer, *Gezielte Tötungen* cit., p. 226.

Una questione largamente dibattuta dalla letteratura riguarda la violazione della sovranità dello stato in cui trovano ricetto le organizzazioni terroristiche che colpiscono nell'arena internazionale. Quando cessa di essere credibile la sua pretesa neutralità? Quando non è in grado/non vuole impedire una minaccia che dal suo territorio gruppi privati portano allo stato che interviene. In dettaglio queste le condizioni: 1) lo Stato da cui muove la minaccia non agisce contro il terrorismo, 2) la presenza di terroristi sul suo territorio è causa di serio e immediato pericolo allo Stato che interviene, 3) lo Stato minacciato ha informato lo Stato neutrale e stabilito un termine entro cui questo deve agire per eliminare la minaccia, 4) lo Stato neutrale non agisce entro il lasso di tempo richiesto, 5) i mezzi dell'intervento devono rispondere al principio di proporzionalità<sup>148</sup>. Nel caso dell'azione delle forze speciali per eliminare Osama Bin Laden ad Abbottabad nel maggio 2011, va rilevato che quei criteri sono stati solo parzialmente rispettati. Osama poteva essere considerato un obiettivo legittimo di uccisione mirata, ma difettava qui lo *ius ad bellum*. A giudizio di autorevoli interpreti l'azione si è collocata pertanto al di fuori del diritto d'intervento definito per la lotta al terrorismo<sup>149</sup>.

E' un fatto su cui sussiste ampio consenso che la normativa internazionale in materia di contrasto a questa modalità di terrorismo si presenti ancora piuttosto lacunosa sia sotto il profilo oggettivo sia sotto quello soggettivo. Per un verso, il problema è costituito dalla circostanza che proprio gli stati nel cui territorio dimorano e si addestrano i gruppi terroristici transnazionali non aderiscono alle convenzioni internazionali in materia di prevenzione e repressione di atti terroristici, non risultando così vincolati agli obblighi di cooperazione giudiziaria e di polizia né a quelli conseguenti dal principio *aut dedere aut iudicare*. Per altro verso, non è dato rilevare «l'esistenza di una convinzione diffusa in ordine all'ammissibilità giuridica del ricorso alla violenza armata 'esterna' contro il nemico-terrorista»<sup>150</sup>.

Se in riferimento al terrorismo di Stato e alla macrocriminalità politica degli Stati si è delineato un nuovo diritto penale internazionale, in riferimento al terrorismo degli *insurgents* ha preso corpo quello che, nella teorizzazione del giurista tedesco Günther Jakobs, si è chiamato «diritto penale del nemico». Il *Bürgerstrafrecht* è il caso normale, in cui l'ordinamento giuridico non viene messo in discussione come tale dal deviante, mentre nel diritto penale del nemico ci troviamo in uno stato di guerra<sup>151</sup>. Il

<sup>148</sup> M. F. Höfer, *Gezielte Tötungen* cit., p. 133.

<sup>149</sup> M. F. Höfer, *Gezielte Tötungen* cit., p. 260 ss.

<sup>150</sup> G. Palmisano, *Nemici 'privati' e nemici 'pubblici' nella società degli Stati: riflessioni dal punto di vista del diritto internazionale*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38 (2009), pp. 1650-51.

<sup>151</sup> G. Jakobs, *Diritto penale del nemico? Un'analisi sulle condizioni della giuridicità*, in A. Gamberini/R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, Bologna 2007, pp. 109-29, L. Salas, *Diritto penale, diritto politico e "diritto penale del nemico"*, ivi, p. 304 ss, M. Donini/M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Giuffrè, Milano 2007. Cfr. D. Krauss, *Vom Bürgerstrafrecht zum Feindstrafrecht?*, in T. Uwer (Hg.), *"Bitte bewahren Sie Ruhe". Leben im Feindrechtsstaat*, Organisationsbüro, Berlin 2006, pp. 79-101, R. Chr. Van Ooyen, *"Freund-Feind-Recht" und "Doppelstaat"? Anmerkungen zur Kontroverse um die Thesen des Strafrechtlers Günter Jakobs*, in Id., *Öffentliche Sicherheit und Freiheit. Politikwissenschaftliche Studien zu Staat, Polizei und wehrhafter Demokratie*, Nomos, Baden-Baden 2007, pp. 13-18. K. Lüderssen, *Recht und Verrechtlichung im Blick der Kulturwissenschaften, in Rechtsfreie Räume?*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2012, pp. 37-42.

diritto penale del nemico definisce una tipica situazione postclassica, in cui il dualismo e la netta distinzione tra diritto statale e diritto internazionale è venuto meno ed è nato un inedito *ius in bello* del criminale<sup>152</sup>. Nei confronti del combattente illegittimo cessano di valere le garanzie offerte dal divieto di privazione arbitraria della libertà e del giusto processo. Va per altro precisato che quella del diritto penale del nemico è una variante europea della strategia di lotta contro il terrorismo, anzi un'alternativa (che vuole in qualche modo restare all'interno del quadro dello stato di diritto) rispetto alla via americana ('Guantanamo') che impone un trattamento afflittivo sfuggendo però totalmente al controllo giurisdizionale. Le due soluzioni «sono sicuramente *incompatibili in linea di principio*: puntare alla neutralizzazione fisica dei singoli terroristi come nemici, al di fuori di un controllo giurisdizionale, o trattarli con le forme del diritto penale all'interno di tutte le garanzie della giurisdizione, sono due prospettive alternative in linea di principio»<sup>153</sup>. Il diritto penale del nemico mette sicuramente in discussione la terzietà della giurisdizione, trasformando il giudice in un attore che usa le regole per combattere appunto un nemico, ma adotta poi nella pratica una linea, ambigua quanto si vuole, di coniugazione di legalità e ragion di stato (per cui lo si considera una tipica espressione del «liberalismo repressivo»)<sup>154</sup>.

Un eminente penalista francofortese, Klaus Lüderssen, ammette che rispetto all'alternativa del «rimettere i grandi conflitti alla guerra, questa rappresenta forse una variante preferibile, poiché non altera il più evoluto diritto penale del cittadino». Di fronte a fatti come l'attentato al *World Trade Center*, il ricorso al diritto penale del nemico appare come il male minore, essendo la legittimazione primaria del diritto penale superiore a quella del diritto di guerra; ed essendo il ricorso a un definito strumentario giuridico comunque una soluzione migliore rispetto all'uscita dalla dimensione giuridica per entrare in un limbo in cui sussiste soltanto la tortura e l'arbitraria privazione della vita<sup>155</sup>. Resta comunque da domandarsi se il diritto penale del nemico sia da concepirsi come transizione a un regime di polizia mondiale sottratto, come concordemente temono i francofortesi, al controllo democratico, e se non sia meglio confidare nell'efficienza di un potere statale moralmente oltre che

<sup>152</sup> Sulle necessarie distinzioni concettuali si veda ancora R. Bartoli, *Lotta al terrorismo* cit.

<sup>153</sup> M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38 (2009), p. 1706.

<sup>154</sup> M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta* cit., p. 1707: «cessa il diritto penale della colpevolezza per essere sostituito dal diritto penale della pericolosità, s'infrange il diritto penale del fatto, soppiantato da quello d'autore (...), si perde la finalità della pena di recupero e risocializzazione, sostituita da sanzioni escludenti, di pura neutralizzazione, o di marcata gravità afflittiva che celano scopi di eliminazione sociale»: per questa via ci si allontana però dai parametri dello stato di diritto per scivolare nel «non diritto» o nel «diritto illegittimo».

<sup>155</sup> K. Lüderssen, *Recht und Verrechtlichung* cit., p. 39. Ma sul GULAG globale della CIA, con la sua rete di carceri segrete sparse per l'Asia e il Medio Oriente, e con un bilancio di circa 14.000 internati irakeni sottoposti a duri interrogatori e torture, 1.100 prigionieri interrogati sotto tortura a Guantanamo e Bagram, 150 sospettati trasportati illegalmente in Stati noti per la brutalità dei loro apparati repressivi; 68 prigionieri morti in circostanze poco chiare; 36 dirigenti di Al-Qaida rimasti per anni in custodia della CIA; 26 prigionieri uccisi durante gli interrogatori. Per una critica del «diritto penale del nemico» come «diritto penale della paura» cfr. ancora R. Bartoli, *Lotta al terrorismo* cit., p. 16 ss. Per la sfida che questi problemi pongono al costituzionalismo (nazionale e globale) P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, il Mulino, Bologna 2006.

giuridicamente superiore perché autolimitantesi. La preoccupazione che i tentativi di porre argine alla violenza schiudano le porte a una politica egemonica e che una concezione (strumentalmente) moralizzante del diritto internazionale porti alla demonizzazione dei nemici continua a pesare sul progetto del costituzionalismo globale.